# DER BEAMTENBEGRIFF DES § 839 BGB

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt

von

Johann Hinrich Gerhard

Referendar in Schleswig

1963

Druck:

ERNST-REUTER-GESELLSCHAFT
der Förderer und Freunde der Freien Universität Berlin e.V.

DISSERTATIONS-DRUCKSTELLE

1 Berlin 33, Garystr. 45

# D E R   B E A M T E N B E G R I F F   D E S   § 8 3 9   B G B

INAUGURAL - DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

vorgelegt

von

Johann Hinrich Gerhard

Referendar in Schleswig

1 9 6 2

Erstgutachter: Prof. Dr. iur. Arwed Blomeyer

Zweitgutachter: Prof. Dr. iur. Karl August Bettermann

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Mai 1963

**Inhalt** Seite


| | | |
|---|---|---|
| | Literaturverzeichnis | II |
| | **Einleitung** | |
| § 1 | Das Problem des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs | 1 |
| | **1. Kapitel** | |
| | Die Entwicklung des Beamtenbegriffs des § 839 BGB in Rechtsprechung und Lehre | |
| § 2 | I. Beamtenhaftung und Beamtenbegriff bis zum Beamtenrechtsänderungsgesetz von 1933 | 4 |
| | II. Die modernen Ansichten zum Beamtenbegriff des § 839 BGB | |
| § 3 | 1. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre | 11 |
| § 4 | 2. Die abweichenden Lehrmeinungen | 18 |
| | **2. Kapitel** | |
| | Das System der Beamten- und Staatshaftung | |
| § 5 | I. Das System und seine Problematik | 24 |
| § 6 | II. Der Anwendungsbereich des § 839 BGB | 26 |
| § 7 | III. Der Anwendungsbereich des Art. 34 GG | 28 |
| § 8 | IV. Die Verknüpfung von Beamten- und Staatshaftung | 30 |
| | **3. Kapitel** | |
| | Der dienstrechtliche Beamtenbegriff im Beamtenhaftungsrecht | |
| § 9 | I. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff und das System der Beamten- und Staatshaftung | 34 |
| § 10 | II. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff und die Bedeutung der Strukturveränderungen im öffentlichen Dienst für das Beamtenhaftungsrecht | 39 |
| | **4. Kapitel** | |
| | Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff des § 839 BGB | |
| § 11 | I. Die Methode der Begriffsbestimmung | 46 |
| § 12 | II. Leistungsverwaltung und Fiskus als unterschiedliche Formen nichthoheitlicher Staatstätigkeit | 52 |
| § 13 | III. Der funktionelle Beamtenbegriff des § 839 BGB | 67 |
| | Anmerkungen | 76 |

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s


| | |
|---|---|
| Anschütz | Die Verfassung des Deutschen Reiches, 4. Bearbeitung, 16.Aufl.,1933, Berlin |
| Arndt | Anmerkung zu BayVGH JW 1918,637, daselbst |
| Aschenborn-Schneider | Das Gesetz über das Postwesen des Deutschen Reiches, 2.Aufl.,1928,Berlin |
| Bachof | Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht, Gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, 417 |
| ders. | Buchbesprechung, DÖV 1954, 960 |
| ders. | Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates,in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 12, S.37 ff., 1954 Berlin |
| Bettermann | Rechtsgrund und Rechtsnatur der Staatshaftung, DÖV 1954, 299 |
| ders. | Anmerkung zu BVerwGer DVBl 1958, 864, daselbst S. 867 |
| ders. | Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann - Nipperdey - Scheuner, Grundrechte, Band 3/2, S. 779 ff., 1959, Berlin |
| ders. | Vom Sinn der Amtshaftung, JZ 1961,482 |
| ders. | Anmerkung zu BGHZ 34,99 , in MDR 1961, 837 |
| Blomeyer,Arwed | Allgemeines Schuldrecht, 2.Aufl.,1957, Berlin und Frankfurt/Main |
| Blomeyer, Karl | Abgrenzung von Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, MDR 1952, 23 |
| Blumstengel | Haftung wegen Verletzung der einem Beamten einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflichten nach § 839 BGB, Leipziger Dissertation 1915 |
| Boehmer | Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, 1.Buch, 1950, Tübingen |
| Bonner Kommentar | Kommentar zum Bonner Grundgesetz, begründet 1954, Hamburg |
| Brand | Das Deutsche Beamtengesetz, erläutert von ... 1937, Berlin |
| Delius | Die Beamtenhaftpflichtgesetze des Reichs und der Länder, 4.Aufl., 1929, Berlin und Leipzig |
| Denecke | Zur Anwendung des § 278 BGB bei öffentlich-rechtlichen Verhältnissen JR 1953,40 |

| | |
|---|---|
| Dernburg | Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs, 5.Aufl., 1897, Halle a.S. |
| ders. | Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, 2.Band, 2.Abteilung, 1. und 2. Aufl.,1901, Halle a.S. |
| Drouven | Die Beamtenhaftung nach § 839 BGB, Leipziger Dissertation, 1907 |
| Dürig | Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, München |
| Eberhardt | Anmerkung zu KG JR 1951, 25, daselbst |
| Eckstein | Der Beamtenbegriff im privaten und öffentlichen Recht, Archiv des öffentlichen Rechts 27, 487 ( 1911) |
| Endemann | Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,1.Band, 1. Aufl.,1903, Berlin |
| Enneccerus-Lehmann | Recht der Schuldverhältnisse, Ein Lehrbuch, 15. Bearbeitung, 1958, Tübingen |
| Ermann | Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3.Aufl.,1962, Münster/Westf. |
| Esser | Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Ein Lehrbuch, 2.Aufl.,1960, Karlsruhe |
| Fischbach | Bundesbeamtengesetz, 2.Aufl.,1956, Köln - Berlin |
| Flessa | Rechtsschutz gegen Weisungen zu privatrechtlichem Verhalten untergeordneter Behörden, NJW 1958, 1276 |
| Forsthoff | Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, Stuttgart und Berlin |
| ders. | Die Verkehrssicherungspflicht in Ansehung öffentlicher Sachen im Gemeingebrauch, DVBl 1952, 164 |
| ders. | Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, Stuttgart |
| ders. | Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1.Band, Allgemeiner Teil, 8.Aufl.,1961, München und Berlin |
| Friebe | Vorschläge für die Neuordnung des Amtshaftungsrechts, Zeitschrift für Beamtenrecht 1957, 389 |
| Friesenhahn | Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht, Staat und Wirtschaft, 2.Band, S.239 ff., 1950 Stuttgart und Köln |

Gehre — Die Entwicklung der Amtshaftung in Deutschland seit dem 19.Jahrhundert, Bonner Dissertation 1958

Geigel — Der Haftpflichtprozeß mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts, 8.Aufl., 1956, München und Berlin

Geiger — Bemerkungen zur Haftung des Staates für sein hoheitliches Handeln de lege ferenda, Deutsche Richterzeitung 1955, 206

Giese — Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, staatsrechtlich erläutert von ..., 4. Aufl.,1955
5.Aufl.,1960, bearbeitet von Schunck, Frankfurt/Main

v.Graßmann — Anmerkung zu BAYVGH JW 1918, 637, daselbst

Gützkow — Die Amtshaftung in der neueren Rechtsprechung und Literatur, DÖV 1953, 292

Gygi — Verwaltungsrecht und Privatrecht, in: Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 1956, Bern

Hamann — Das Grundgesetz, Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 1.Aufl.,1956 und 2.Aufl.,1960 Berlin - Neuwied - Darmstadt

ders. — Öffentliche Kredite und Bürgschaften, Betriebsberater 1953, 865

Hardten — BGB - Kommentar, 1.Aufl.,1897, Stuttgart

Hatscheck — Die rechtliche Stellung des Fiskus im BGB, Verwaltungsarchiv 7, 424 ( 1899 )

Heidenhain — Die Amtshaftung in der Bundesrepublik, NJW 1949, 841

Heilfron — Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 4.Aufl.,1909, Berlin

Heyland — Das Berufsbeamtentum im neueren demokratischen deutschen Staat, 1949, Berlin

ders. — Das Recht der Beamten, 2.Aufl.,o.J.,Berlin

Hoffmann — Die außervertragliche Haftung des Staates und der Körperschaften des öffentlichen Rechts für Pflichtverletzungen ihrer Organe bei Ausübung hoheitlicher Gewalt und bei Betätigung im privatrechtlichen Kreis in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und die Möglichkeiten einer Abgrenzung dieser beiden Haftungsgebiete gegeneinander, Leipziger Dissertation 1935

Huber — Beliehene Verbände, DVBl 1952, 456

| | |
|---|---|
| Hüssener | Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht, Jenenser Dissertation 1901 |
| Ipsen | Öffentliche Subventionierung Privater, DVBl 1956, 461, 498 und 602 |
| Jellinek | Verwaltungsrecht, 3.Aufl.,1931 (unveränderter Neudruck 1948) |
| ders. | Schadensersatz aus Amtshaftung und Enteignungsentschädigung, JZ 1955, 147 |
| Jess | Erläuterungen zu Art. 34 im Bonner Kommentar |
| Kayser-Leiß | Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt, 2.Aufl.,1958, München und Berlin |
| Kleinhoff | Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, Archiv für die zivilistische Praxis 156, 212 (1957) |
| Köttgen | Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Nr. 59, 1928, Tübingen |
| ders. | Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928, Berlin und Leipzig |
| ders. | Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 6, S.105, 1929, Berlin und Leipzig |
| ders. | Zur Frage des Erwerbs der Beamteneigenschaft, in Archiv des öffentlichen Rechts, Band 18, S. 225 ( 1930 ) |
| ders. | Buchbesprechung, in: Archiv für die zivilistische Praxis, Band 151, S.167 ( 1950/51 ) |
| ders. | Subvention als Mittel der Verwaltung, DVBl 1953, 485 |
| Krüger | Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat, Betriebsberater 1953, 565 |
| Laband | Deutsches Reichsstaatsrecht, 8.Aufl.,1919,Tübingen |
| ders. | Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Band, 4.Aufl.,1901, Tübingen und Leipzig |

| | |
|---|---|
| Larenz | Lehrbuch des Schuldrechts,<br>2. Band, Besonderer Teil,<br>4. Aufl.,1960, München und Berlin |
| Leipziger Kommentar | Strafgesetzbuch (Leipziger Kommentar)<br>2.Band,8.Aufl.,1958, Berlin |
| Leiß | Staatshaftung im Bereich des MRG 52<br>NJW 1955, 121 |
| v.Liszt | Lehrbuch des deutschen Strafrechts,<br>10.Aufl.,1900, Berlin |
| v.Mangoldt | Das Bonner Grundgesetz,<br>erläutert von ..., 1953,<br>Berlin und Frankfurt/Main<br>2.Aufl., neubearbeitet von Klein,<br>1955-1959, Berlin und Frankfurt/Main |
| Mayer, Otto | Deutsches Verwaltungsrecht,<br>1. Band, 2.Aufl.,1914,<br>3.Aufl.,1924<br>2. Band, 3.Aufl.,1924,München-Berlin |
| Meltz | Beamtenhaftpflicht nach § 839 BGB,<br>Leipziger Dissertation 1904 |
| Molitor | Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949, Karlsruhe |
| ders. | Schuldrecht, Ein Studienbuch,<br>5.Aufl.,1961, München und Berlin |
| Mugdan | Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2.Band, Recht der Schuldverhältnisse, 1899, Berlin |
| | Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,<br>9. Band, Besonderer Teil, 91. - 103. Sitzung, 1959, Bonn |
| Niggl | Postverkehrsgesetze, Kommentar,<br>3. Aufl., 1928, Stuttgart |
| Oertmann | Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,<br>Das Recht der Schuldverhältnisse,<br>1.Aufl.,1899, Berlin |
| Oppler und Rosenthal-Pelldran | Die Neugestaltung des öffentlichen Dienstes, 1950, Frankfurt/Main |
| Palandt | Bürgerliches Gesetzbuch,<br>Beck´sche Kurzkommentare, 21.Aufl.,<br>1962, München und Berlin |
| Peters | Lehrbuch des Verwaltungsrechts,<br>1.Aufl.,1949,Berlin-Göttingen-Heidelberg |
| Petersen | Die Haftung der Beamten, in:<br>Der Deutsche Beamte 1957, 36 und 56 |

| | |
|---|---|
| Pfennig | Der Begriff des öffentlichen Dienstes und seiner Angehörigen, Berliner Dissertation 1959 |
| Planck | Bürgerliches Gesetzbuch und Einführungsgesetz, erläutert von ..., 2. Band, 3.Aufl.,1907, Berlin |
| Rehm | Der Beamtenbegriff des BGB und seiner Nebengesetze, in: Annalen des Deutschen Reiches, 1900, S.369 ff. |
| Reinhardt | Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln? Gutachten für den 41. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 41.Deutschen Juristentages, 1.Band, l.Halbband, S. 237 ff., 1955, Tübingen |
| ders. | Einige Grundgedanken über § 839 BGB und die Staatshaftung, DÖV 1955, 542 |
| Retschy | Die Haftung der Beamten, Marburger Dissertation 1933 |
| Reuß | Zur Reform des § 839 BGB, JR 1955, 94 |
| RGR-Kommentar | Das Bürgerliche Gesetzbuch, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar, herausgegeben von den Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11.Aufl., 1960, Berlin |
| Richter | Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer,Heft 6, S. 69, 1929, Berlin und Leipzig |
| Schack | Anmerkung zu OGHbrZ DVBl 1951, 113, daselbst, S. 116 |
| v. Schelhorn | Die Amtshaftpflicht gegen Dritte nach deutschem und bayrischem bürgerlichen Recht, in: Annalen des Deutschen Reichs, 1906, S. 439 ff. |
| Scherer | Recht der Schuldverhältnisse für das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, 1. Aufl.,1899, Erlangen |
| Scheuner | Grundlagen der Staatshaftung für schädigende Eingriffe, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, S. 331 ff.,1955,München |
| Schönke-Schröder | Strafgesetzbuch, Kommentar, begründet von Schönke, fortgeführt von Schröder, 9.Aufl.,1959,München und Berlin |

Schuster — Postrechtspraxis, 2.Aufl., 1951, Goslar

Siebert — Die Haftung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach § 89 BGB im Rahmen des allgemeinen Haftungsrechts, DÖV 1951, 44

ders. — Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Niedermeyer, S. 215 ff., 1953, Göttingen

Siegel — Die Schadensersatzpflicht der Beamten aus rechtswidrigen Amtshandlungen, Göttinger Dissertation 1904

Soergel - Siebert — Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz, Kommentar, 9.Aufl., 1962, Stuttgart und Köln

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9.Aufl., 1929, Berlin und Leipzig

Süsterhenn-Schäfer — Kommentar zur Verfassung für Rheinland-Pfalz, 1.Aufl.,1950, Koblenz

Tögel — Zur Auslegung des Art. 34 GG,JZ 1951,107

v.Veltheim — Der Rechtschrakter des Postbenutzungsverhältnisses, NJW 1954, 358

Weimar — Die Amts- und Staatshaftung, o.J., Frankfurt/Main

Weitnauer — Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen, in der Schriftenreihe:Der Betrieb, 1956, Düsseldorf

Graf Westarp — Die Haftung für Amtspflichtverletzungen von Beamten, Rostocker Dissertation 1927

Wieland — Die zivilrechtliche Haftung des Beamten in ihrer historischen Entwicklung, Heidelberger Dissertation 1911

Wolff — Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, Archiv des öffentlichen Rechts, 50/51, S. 205

ders. — Anmerkung zu BGH JZ 1953, 551, daselbst S. 552

Zuleeg — Bürgerlichrechtliche Schuldverhältnisse zwischen Hoheitsträger und Staatsbürger auf Grund Verwaltungsaktes? Erlanger Dissertation 1959

Abkürzungsverzeichnis der Gesetzblätter, Entscheidungssammlungen und Zeitschriften:

| | |
|---|---|
| Bayern GVBl | Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Bayern, München |
| BB | Der Betriebsberater, Heidelberg |
| BGHSt | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, Berlin - Köln |
| BGHZ | Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Berlin - Köln |
| DÖV | Die Öffentliche Verwaltung,Stuttgart |
| DR | Deutsches Recht,Berlin-Leipzig-Wien |
| DRiZ | Deutsche Richterzeitung, Köln-Berlin |
| DV | Deutsche Verwaltung |
| DVBl | Deutsches Verwaltungsblatt,Köln-Berlin |
| HamAmtsBl | Amtsblatt der freien und Hansestadt Hamburg, Hamburg |
| HRR | Höchstrichterliche Rechtsprechung,Berlin |
| JR | Juristische Rundschau, Berlin |
| JW | Juristische Wochenschrift, Leipzig-Berlin |
| JZ | Juristenzeitung, Tübingen |
| LM | Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, begründet von Lindenmaier und Möhring, München und Berlin |
| MDR | Monatsschrift für Deutsches Recht, Hamburg |
| NJW | Neue Juristische Wochenschrift,München |
| pr.GS | Preußische Gesetzsammlung, Berlin |
| Recht | Das Recht, Berlin |
| RGBl I | Reichsgesetzblatt, Teil 1, Berlin |
| RGZ | Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Berlin und Leipzig |
| SchlHAnz | Schleswig-Holsteinische Anzeigen, Kiel |
| SJZ | Süddeutsche Juristenzeitung, Heidelberg |
| VersR | Versicherungsrecht, Karlsruhe |
| Württemb.Reg.Bl. | Regierungsblatt für Württemberg, Stuttgart |

# E i n l e i t u n g

## § 1 Das Problem des haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs

Die deutsche Rechtsordnung kennt drei unterschiedliche Begriffsbestimmungen für den Beamten: Den sogenannten staatsrechtlichen, den strafrechtlichen und den haftungsrechtlichen Begriff [1].

Der sogenannte s t a a t s r e c h t l i c h e Beamtenbegriff kennzeichnet das Beamtenverhältnis des öffentlichen Dienstrechts [2]. Nach den Vorschriften der Beamtengesetze ist dies ein öffentliches Dienst- und Treueverhältnis [3], das durch Aushändigen einer Urkunde, die der Berufung in das Beamtenverhältnis Ausdruck verleiht, begründet wird [4]. Beamter im staatsrechtlichen oder dienstrechtlichen Sinne ist demgemäß die Person, die unter Beachtung der geschilderten Förmlichkeit ins Beamtenverhältnis berufen wurde [5].

Für das S t r a f r e c h t ist der Beamtenbegriff im § 359 StGB umschrieben. Danach sind Beamte alle im unmittelbaren oder mittelbaren inländischen Staatsdienst auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellten Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ferner Notare. Indessen hat sich dieser Begriff weit über seine gesetzliche Umschreibung hinaus ausgeweitet. Unter Beamten im Sinne des Strafrechts versteht man über die Beamten des öffentlichen Dienstrechts hinaus alle Personen, deren Dienstverrichtungen aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und staatlichen Zwecken dienen; zu diesen Dienstverrichtungen sind auch solche Leistungen zu zählen, die wissenschaftlichen, technischen und kaufmännischen Diensten in Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben angehören [6].

Einen einheitlichen Beamtenbegriff des B e a m t e n - h a f t u n g s r e c h t s gibt es nicht. Der sogenannte haftungsrechtliche Beamtenbegriff, dem jede von der zuständigen Stelle mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraute Person unterfällt, findet nach vorherrschend

vertretener Ansicht nur auf Art.34 GG Anwendung; für § 839 BGB soll dagegen der Beamtenbegriff des öffentlichen Dienstrechts gelten [7]. Diese Auffassung muß trotz etlicher Gegenansichten als heute herrschende Meinung betrachtet werden, ohne daß sie bisher in einer gründlichen Darstellung ihre überzeugende Begründung gefunden hätte. Einige Gegenstimmen, die im einzelnen noch dargestellt werden, sind bisher ohne rechten Widerhall geblieben. Auch die sehr eingehende Untersuchung Kleinhoffs zum Beamtenbegriff des § 839 BGB [8] hat keine hinlängliche Beachtung gefunden [9] oder ist mißverstanden worden [10].

K l e i n h o f f stützt seine Kritik an der herrschenden Auffassung auf die Unstimmigkeiten, die diesem Beamtenbegriff aus dem Verhältnis von § 839 BGB und Art. 34 GG zueinander folgen. In der Tat ergeben sich hier erhebliche Bedenken. Die Abhängigkeit der Staatshaftung [11] des Art. 34 GG von der im § 839 BGB angeordneten Eigenhaftung des Beamten -die "tatbestandliche Verzahnung"[12] beider Normen miteinander- kann nicht reibungslos funktionieren; denn nach herrschender Auffassung soll die Staatshaftung nach Art. 34 GG in Verbindung mit § 839 BGB für einen größeren Personenkreis eingreifen, als ihn der Beamtenbegriff des § 839 BGB umschreibt. Folgt man der herrschenden Auffassung, so müßte das Wort "Beamter" im § 839 BGB unterschiedliche Bedeutung haben, je nachdem ob die Haftung allein auf § 839 BGB oder auf diese Norm in Verbindung mit Art. 34 GG gestützt würde. Kleinhoff hat für § 839 BGB einen Beamtenbegriff vorgeschlagen, der diese Unstimmigkeiten vermeidet, indem er für den Bereich hoheitlicher Tätigkeit, also soweit Art. 34 GG eingreifen kann, den Beamtenbegriff auf alle Amtsträger erweitert; seine Begriffsbestimmung wird weiter unten im einzelnen dargestellt und gewürdigt werden.

Die Problematik, vor die die vorherrschende Ansicht zum haftungsrechtlichen Beamtenbegriff stellt, ist damit jedoch nicht vollständig beseitigt. Die dargestellte Systemwidrigkeit im Verhältnis der beiden Haftungsnormen ist nur eine ihrer Seiten. Zwei praktische Fälle mögen

die andere Seite erläutern:

> Dem Arzt eines städtischen Krankenhauses, der einmal Beamter sein soll, ein anderes Mal im Angestelltenverhältnis beschäftigt sein soll, unterläuft bei einer Operation ein Kunstfehler, der zu schweren Gesundheitsstörungen des Patienten führt.

Nach allgemeiner Ansicht fällt der Krankenhausbehandlungsvertrag in der Regel in den Bereich nichthoheitlicher Tätigkeit [13]. Der Träger des Krankenhauses haftet demnach nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Hinsichtlich der persönlichen Haftung des Arztes kommt es nach herrschender Ansicht entscheidend darauf an, welcher Art sein Anstellungsverhältnis ist. Ist er Beamter, so entfällt gemäß § 839 Abs.1 Satz 2 BGB wegen der Haftung des Krankenhausträgers die persönliche Inanspruchnahme des Arztes. Ist er dagegen im Angestelltenverhältnis beschäftigt, so haftet er nach allgemeinem Deliktsrecht gesamtschuldnerisch neben dem Träger des Krankenhauses.

Oder man denke sich folgenden Fall:

> Der Vorsteher einer städtischen Sparkasse richtet vorsätzlich durch unrichtige Auskunftserteilung einen Vermögensschaden an.

Die Haftung der Sparkasse bezw. der Stadt als Träger der Sparkasse soll hier einmal außer Betracht bleiben. Für die Haftung des Vorstehers gilt folgendes: Ist er Beamter, so dürfte im Sinne der dargestellten Ansichten ohne Schwierigkeiten seine Haftung nach § 839 BGB auch neben der Haftung der Stadt zu begründen sein. Ist er dagegen Angestellter, so muß ihm der Verstoß gegen ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB oder eine sittenwidrige Schädigung im Sinne des § 826 BGB nachgewiesen werden. Eine Haftung nach allgemeinem Deliktsrecht, d.h. nach § 823 Abs. 1 BGB entfällt, da das Vermögen nicht unter die dort geschützten Güter fällt.

Die Problematik dieser Fälle liegt darin, daß bei jeweils gleichem Sachverhalt unterschiedliche Haftungsfolgen aus Erwägungen hergeleitet werden, die außerhalb haftungsrechtlicher Relevanz liegen, nämlich aus der dienstrecht-

lichen Stellung des schädigenden Amtsträgers. Die Konsequenzen dieser Verknüpfung von Haftungsrecht und Dienstrecht erscheinen - wie an den gegebenen Beispielen aufgezeigt werden sollte - fragwürdig. Eine überzeugende Rechtfertigung dieser Verknüpfung wurde bisher nicht gegeben.

Kleinhoff hat dienstrechtliche Elemente aus dem Beamtenbegriff des § 839 BGB eliminiert, soweit es um hoheitliche Tätigkeit geht. Insoweit kann auf diese Untersuchungen aufgebaut werden. Er greift jedoch dort auf Kriterien des Dienstrechts zur Bestimmung eines haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs zurück, wo fiskalische Tätigkeit in Frage steht. Insoweit haftet seinem Beamtenbegriff die gleiche Fragwürdigkeit wie dem der herrschenden Auffassung an.

Die nachfolgende Untersuchung wird daher insbesondere der Frage gelten, welcher Personenkreis nach § 839 BGB haftet, wenn es sich um Amtspflichtverletzungen in Ausübung nichthoheitlicher Tätigkeit handelt.

## 1. K a p i t e l

## Die Entwicklung des Beamtenbegriffs des § 839 BGB in Rechtsprechung und Lehre.

### I. Beamtenhaftung und Beamtenbegriff bis zum Beamtenrechtsänderungsgesetz von 1933.

§ 2 Der Gesetzgeber hat mit Schaffung des § 839 BGB insoweit Neuland betreten, als es eine derart umfassende Rechtsgrundlage für die Haftung staatlicher Bediensteter bis dahin nicht gab.

Im r ö m i s c h e n Recht haftete der Beamte, der seine Amtsbefugnisse überschritt und dabei ein Delikt beging, wie ein Privater [1]. Es gab Sonderbestimmungen, die die Haftung des Richters und die subsidiäre Haftung von Beamten, die ein Verschulden bei der Bestellung des Vormundes trifft, anordneten [2].

Im g e m e i n e n Recht wird lediglich die aus dem

römischen Recht übernommene Richterklage als sogenannte Syndikatsklage weiter ausgebildet [3]. Ebenso beschränkt sich die Partikulargesetzgebung darauf, für die Haftung der Richter und Vormundschaftsbeamten eine feste Rechtsgrundlage zu schaffen[4]. Eine umfassendere Haftung kennen lediglich das sächsische und das preußische Recht. Nach §§ 1506, 1507 sächs.BGB vom 1.3.1868 haften Richter und Verwaltungsbeamte für dolus und culpa lata [5]. Das preußische ALR regelt die Beamtenhaftung in II, 10 §§ 88 - 93, 127 - 145 [6]. Ausgehend von diesen Vorschriften hatte sich bis zum Ende des 19. Jahrhunderts die Haftung auch für nichtrichterliche Beamte bei jeder Art von Verschulden gewohnheitsrechtlich durchgesetzt [7].

Die Frage eines besonderen haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs gab es zu jener Zeit nicht [8]. Es unterlag allgemein keinem Zweifel, daß die Beamtenhaftung - sei sie nun gesetzlich angeordnet oder nur gewohnheitsrechtlich anerkannt - nur für die Personen in Betracht komme, die Beamte im öffentlich rechtlichen Sinne waren. Die Gründe hierfür sind im wesentlichen die gleichen, wie sie die Ansichten der frühen Kommentatoren zu § 839 BGB bestimmt haben. Da diese Literatur näherliegt, sei auf die nachfolgenden Ausführungen hierzu verwiesen.

Nach den Motiven zum BGB, den frühen Kommentatoren und den monografischen Äußerungen zu § 839 BGB hat das Wort "Beamter" in dieser Bestimmung keine eigene Bedeutung. Die Motive enthalten hierzu keine besonderen Ausführungen, sehen demnach den Beamtenbegriff als etwas selbstverständlich Gegebenes an. Besonders deutlich wird dies dort, wo sich die Motive mit der Frage beschäftigen, ob der öffentlich bestellte Sachverständige dem Sonderhaftungsrecht für Beamte unterstellt werden soll. Dort heißt es [9]:

> "Erklärt ihn das Gesetz für den Schaden verantwortlich, so wird von einem fundamentalen Grundsatz in der eingreifendsten Weise abgewichen. Weshalb eine solche Abweichung gerade zum Nachteile des aus grober Fahrlässigkeit fehlenden, wenn auch öffentlich angestellten, gleichwohl der Beamtenqualität entbehrenden Sachverständigen oder Schätzers sich rechtfertigt, ist nicht

> einzusehen. Liegt Beamtenqualität vor, so beurteilt sich die Verantwortung nach § 736. Die öffentliche Anstellung der Beamtenqualität gleichzustellen, kann nur zu einer unrichtigen Beurteilung der letzteren und zu gefährlichen Irrungen führen." [10]

Die Motive setzen also - ohne sich näher hierüber auszulassen - die Beamtenqualität als etwas bereits Feststehendes voraus, nämlich als die Beamteneigenschaft im Sinne des Beamtenrechts.

Ebensowenig sah die Literatur Veranlassung, von den nach dem öffentlichen Dienstrecht gegebenen Vorstellungen eines Beamten für § 839 BGB abzuweichen. Einigen frühen Kommentatoren erschien dies so selbstverständlich, daß sie sich jede Äußerung zum Begriff des Beamten im § 839 BGB sparten [11]. Andere Autoren identifizieren den Beamten des § 839 BGB mit dem des Strafgesetzbuchs oder wollten aus § 359 StGB zumindest richtungsweisende Rückschlüsse ziehen [12]. § 359 StGB nennt die "Anstellung" und das "Dienstverhältnis", bezieht sich also ausdrücklich auf die dienstrechtliche Stellung des Täters. Beamter im Sinne des § 359 StGB ist nach damals vertretener Ansicht derjenige, welcher aufgrund staatlicher Anstellung als Organ der Staatsgewalt berufen ist, für Staatszwecke tätig zu sein [13]. Indessen bestand bereits damals die Meinung, mit dieser Begriffsbestimmung sei der Beamtenbegriff des StGB nicht erschöpfend umschrieben. Die Bestimmungsversuche, die den sehr viel umfassenderen Beamtenbegriff für das Strafrecht hervorbrachten, gerieten damals in Fluß [14]. Für das Zivilrecht konnte daher der Verweis auf das Strafrecht nicht ergiebig sein, da man einen in seinen Merkmalen umstrittenen Begriff übernommen hätte.

Vorwiegend beruft sich die damalige Literatur auf den Beamtenbegriff des öffentlichen Dienstrechts. Man beschränkt sich in der Regel auf den Hinweis, der Begriff "Beamter" entscheide sich nach Reichs- und Landesrecht, es gelte der Beamtenbegriff des öffentlichen Rechts [15]. Diese Ansicht kann als die damals herrschende Lehre

bezeichnet werden [16].

Wie sah nun dieser Beamtenbegriff aus? Als Beamtenverhältnis des öffentlichen Dienstrechts hatte sich schon damals ein durch Hoheitsakt begründetes öffentliches Dienst- und Treuverhältnis fest herausgebildet [17]. Das Reichsgericht führt in seiner Entscheidung vom 9.3.1896 hierzu folgendes aus [18]:

> "Die Eigenschaft eines Beamten wird erworben durch die Übertragung eines Amtes, d.h. eines durch das öffentliche Recht begrenzten Kreises von Geschäften in dem Organismus des Reiches, des Staates, der öffentlichen Gemeinden, Verbände oder Korporationen seitens der zuständigen Person oder der zuständigen Behörde und durch den Abschluß eines Dienstvertrages, welcher bezüglich des Amtes ein Gewaltverhältnis begründet, vermöge dessen der Gewalthaber zum Schutze und zur Gewährung des zugesicherten Diensteinkommens verpflichtet ist, der Angestellte aber in eine besondere Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht gegenüber dem Gewalthaber tritt."

Entsprechend diesen Grundsätzen umschreibt der BayVGH in seinem Urteil vom 10.4.1918 [19] den Beamtenbegriff des § 839 BGB wie folgt:

> "Beamter ist danach derjenige, der aufgrund einer Anstellung oder einer anderweitigen gesetzlich besonders geordneten Berufung einem öffentlich rechtlichen Verband zu Dienstleistungen verpflichtet und zugleich der öffentlich rechtlichen Dienstgewalt dieses Verbandes unterworfen ist."

Das Beamtenrecht zu jener Zeit kannte jedoch noch nicht die Formerfordernisse, die heute mit der Begründung eines Beamtenverhältnisses unabdingbar verbunden sind. Die Begründung eines Beamtenverhältnisses war nicht an die Aushändigung einer Urkunde gebunden. Daher konnte es in Einzelfällen zweifelhaft sein, ob einer Person Beamteneigenschaft zukam oder nicht, zumal niemand bestritt, daß der Staat als Rechtssubjekt des öffentlichen Rechts, das auch Privatrechtsfähigkeit besitzt, sich die Personen, deren er zur Erfüllung seiner Aufgaben bedurfte, auch auf privatrechtlichem Wege verpflichten konnte [20].

Das Reichsgericht entwickelte für die Fälle, in denen

nach dem Inhalt des Anstellungsaktes nicht bestimmt werden konnte, ob jemandem Beamtenqualität zukomme oder nicht, den Grundsatz, daß die Übertragung hoheitlicher Befugnisse in jedem Fall die Beamteneigenschaft begründe [21]. Neben den Anstellungsakt war damit ein weiteres Kriterium zur Bestimmung des Beamtenbegriffs im dienstrechtlichen Sinne getreten. Nicht mehr allein die Position des Amtsträgers, d.h. seine nach dem Inhalt des Berufungsaktes zu bestimmende Stellung innerhalb des öffentlichen Dienstes, sondern auch seine Funktion, d.h. die rechtliche Qualität seiner Tätigkeit, mit der er für den Staat handelnd nach außen in Erscheinung trat, entschied über die Beamteneigenschaft. Position und Funktion des Amtsträgers sind von nun an die einander ergänzenden oder widerstreitenden Kriterien zur Bestimmung des Beamtenbegriffs, und zwar zunächst des Begriffs im öffentlichen Dienstrecht, später, nachdem der dienstrechtliche Beamtenbegriff gesetzlich auf die Position festgelegt wird, des Beamtenbegriffs im Haftungsrecht.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts ging von einem angenommenen Rechtsgrundsatz aus, hoheitliche Aufgaben könnten schlechthin nur von Beamten erfüllt werden. Das Reichsgericht ist hierbei von der Systematik Otto Mayers, die - dem französischen Recht folgend - streng den staatlichen vom privatrechtlichen Bereich schied [22], beeinflußt gewesen. Hinzu kam die Vorstellung, es liege im Interesse des Berufsbeamtentums, einen bestimmten Funktionsbereich ausschließlich ihm vorzubehalten [23]. Bemühte sich das Reichsgericht jedoch anfänglich noch nachzuweisen, daß die Übertragung hoheitlicher Befugnisse stets mit Wissen und Willen des Hoheitsträgers erfolgt war, so ließ es diesen Gesichtspunkt später immer mehr unberücksichtigt. Es kam schließlich zu den Entscheidungen, nach denen der öffentliche Bedienstete selbst dann kraft der von ihm ausgeübten Funktion in den Beamtenstand erhoben werden sollte, wenn der Wille des Hoheitsträgers entgegenstand [24]. Damit war der ausschließlich nach der Funktion bestimmte dienstrechtliche Beamtenbegriff Wirk-

lichkeit geworden; der Beamte kraft Funktion stand vollwertig neben dem als solchem berufenen Beamten.

Diese Rechtsprechung ist stets heftig kritisiert worden [25]. Besonders erhob 1928 und 1930 K ö t t g e n in zwei Aufsätzen seine Einwendungen [26]. Er wies nach, daß es einen Rechtssatz, nach dem hoheitliche Aufgaben nur von Beamten wahrgenommen werden könnten, nicht gab, daß demzufolge die Auffassung des Reichsgerichts dogmatisch nicht zu rechtfertigen sei. Ferner verwies Köttgen darauf, daß dieser Rechtsprechung erhebliche praktische Bedenken entgegenstanden. In der Tat zeigten sich hier bald Konsequenzen, die weder dem Staat noch dem Berufsbeamtentum dienlich waren. Da mit der Anerkennung der Beamteneigenschaft die Zuerkennung der Ruhegehaltsfähigkeit verbunden ist, führte die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu einer unerwünschten Belastung der öffentlichen Finanzen [27]. Die Annahme, diese Rechtsprechung diene dem Berufsbeamtentum, erwies sich als Fehlschluß. Da die Beamtenqualität nunmehr unabhängig vom Willen der Anstellungskörperschaft erworben werden konnte, war die Zusammensetzung des Berufsbeamtentums in einer bedenklichen Zahl von Einzelfällen dem Zufall überlassen. Vorbildung, Ausbildungsgang und eine geregelte Laufbahnordnung, die unerläßlichen Voraussetzungen für die Entwicklung eines geschlossenen Berufsbeamtentums, blieben unberücksichtigt.

Der Gesetzgeber trug im Jahre 1933 diesen Bedenken Rechnung. Er schnitt der Rechtsprechung des Reichsgerichts jede weitere Entwicklungsmöglichkeit ab, indem er den Erwerb der Beamteneigenschaft an den bereits dargestellten Formalakt bei der Berufung knüpfte. Jeder andere Zugang zum Berufsbeamtentum war damit versperrt. Der Beamtenbegriff des öffentlichen Dienstrechts war nunmehr in einer Weise verfestigt, die jeden Theorienstreit erledigte.

Bis zur Änderung der beamtenrechtlichen Vorschriften im Jahre 1933 übertrugen Rechtsprechung und Lehre nahezu ausnahmslos den dienstrechtlichen Beamtenbegriff auf das Haftungsrecht [28]. Die Untersuchungen zum Beamtenbegriff

des § 839 BGB nahmen einen geringen Raum ein [29]. Abweichende Ansichten [30] finden keinen Widerhall. Mit der Umschreibung des Beamtenbegriffs für das öffentliche Dienstrecht betrachtet man den Begriff zugleich für das Haftungsrecht als geklärt. So spiegelt sich auch in den Entscheidungen des Reichsgerichts zur Beamtenhaftung die Rechtsprechung zum dienstrechtlichen Beamtenbegriff wider. Entsprechend den in der Lehre vertretenen Ansichten tauchen in den frühen Entscheidungen des Reichsgerichts funktionelle Elemente - und zwar speziell im Sinne obrigkeitlicher Befugnisse - im Zusammenhang mit der Bestimmung des Beamtenbegriffs immer nur dann auf, wenn es gilt, den Haftungsübergang auf den Staat gemäß den nach Art. 77 EGBGB erlassenen Staatshaftungsvorschriften nachzuweisen [31].

Dagegen schenkt das Reichsgericht der Funktion des Haftpflichtigen keinerlei Bedenken, wenn es sich um die Haftung nach § 839 BGB aus privatrechtlicher Tätigkeit handelt. In seiner Entscheidung vom 3.4.1908 [32] verurteilt das Reichsgericht einen Bürgermeister zum Schadensersatz nach § 839 BGB. Dieser hatte als Mitglied des Vorstandes einer städtischen Sparkasse eine unrichtige Auskunft gegeben. Hier ist ausschließlich die Position des Beklagten Grund seiner Haftung nach Beamtenhaftungsrecht. Nicht ganz so ausgeprägt tritt dies in der Entscheidung vom 12.10.1920 [33] zutage. Ein Lotse des Kaiser-Wilhelm-Kanals wird für die Schadensfolgen eines von ihm verschuldeten Zusammenstoßes in Anspruch genommen. Das Reichsgericht sah die Lotsentätigkeit damals noch als bürgerlich-rechtliche Dienstleistung des Fiskus an. Es verurteilte den Lotsen zum Schadensersatz nach § 839 BGB, da er Reichsbeamter sei. Zwar hat man die gleiche Tätigkeit später als hoheitlich [34] angesehen; damals stellte das Reichsgericht jedoch ausschließlich auf die formelle Beamteneigenschaft ab.

Gewisse Tendenzen zur Verselbständigung eines haftungsrechtlichen Beamtenbegriffs treten nach der verfassungsmäßigen Einführung der Staatshaftung im Art. 131 WRV in Erscheinung. Die Weimarer Republik brachte zwar auf dienst-

rechtlichem Gebiet zunächst keine Änderungen der bestehenden Vorschriften. Eine gringfügige Änderung ergab sich jedoch auf dem Gebiet der Staatshaftung. Im § 1 des Reichsbeamtenhaftungsgesetzes von 1910 heißt es zu Beginn:

> "Verletzt ein Reichsbeamter ( § 1 des Reichsbeamtengesetzes) in Ausübung........"

Im Art. 131 WRV ist zwar noch von einem Beamten die Rede; im Gegensatz zum Reichsbeamtenhaftungsgesetz fehlt jedoch jetzt die unmittelbare Bezugnahme auf das öffentliche Dienstrecht. Dies allein brauchte dem Reichsgericht noch nicht Veranlassung zu geben, einen selbständigen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff zu schaffen; denn es hielt nach wie vor an der - allerdings umstrittenen - Ansicht fest, daß die Übertragung hoheitlicher Befugnisse dienstrechtliche Beamteneigenschaft verschaffe. Dieser Beamtenbegriff konnte daher ohne Schwierigkeiten auf Art. 131 WRV übertragen werden, da er alle Personen umfaßte, denen hoheitliche Machtbefugnisse anvertraut waren. Trotzdem lassen die ersten Entscheidungen zum Beamtenbegriff des Art. 131 WRV [35] eine Verselbständigung dieses Begriffs erkennen: Er weicht insofern von dem dienstrechtlichen Beamtenbegriff ab, als die Übertragung hoheitlicher Funktionen nicht ein- für allemal Beamteneigenschaft verleihen, sondern es jeweils auf die Funktion ankommen soll, "in deren Ausübung" der Beamte pflichtwidrig handelte.

Von dieser geringfügigen Abweichung abgesehen, bleibt es jedoch dabei, daß es bis 1933 keinen selbständigen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff gab. Insbesondere kam dem Beamtenbegriff des § 839 BGB keine eigene Bedeutung zu.

## II. Die modernen Ansichten zum Beamtenbegriff des § 839 BGB.

### 1. Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre.

§ 3 Nach Erlaß des Beamtenrechtsänderungsgesetzes von 1933 sieht sich das Reichsgericht teilweise zu einer Neubegründung seiner Ansichten genötigt. In der Entscheidung vom 7.11.1933 [1] führt das Reichsgericht aus:

> "Im wesentlichen deckte sich der Kreis der Beamten im staatsrechtlichen Sinne mit den Beamten im

> Sinne des Art. 131 WRV solange, als der in ständiger Rechtsprechung festgehaltene Rechtsgrundsatz galt, daß die Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse dem damit Beliehenen volle Beamteneigenschaft im Innen- wie im Außenverhältnis verschaffe."

Das Reichsgericht geht sodann auf das Beamtenrechtsänderungsgesetz ein und führt hierzu aus, das damit geschaffene Erfordernis formeller Berufung besitze für Art. 131 WRV keine Bedeutung:

> "Das Innenverhältnis sollte klargestellt werden. Ein Eingriff in das Außenverhältnis zwischen Staat und dritten Personen liegt außerhalb der erkennbaren Ziele, die mit der Neuregelung der Begründung des Beamtenverhältnisses verfolgt werden."

Der dienstrechtliche Beamtenbegriff, der in die formellen Erfordernisse der Urkundenverleihung einzementiert ist, erweist sich jetzt für einen großen Bereich des Beamtenhaftungsrechts als unbrauchbar. Es entwickelt sich die umfangreiche Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Beamtenbegriff des Art. 131 WRV [2], die dann schließlich in den sogenannten haftungsrechtlichen Beamtenbegriff mündet und im Art. 34 GG seine Bestätigung durch den Gesetzgeber findet.

Soweit ersichtlich hat das Reichsgericht zum Beamtenbegriff des § 839 BGB für den Fall der Eigenhaftung des Beamten nach 1933 nirgends eingehend Stellung genommen. Die Ansicht des Reichsgerichts läßt sich jedoch aus verschiedenen Äußerungen erschließen. Im 162. Band[3] hatte das Reichsgericht über die Haftung des Fiskus bei folgendem Sachverhalt zu entscheiden: Ein Oberpostrat gibt Erklärungen ab, nach denen sich die Post gegenüber Kreditinstituten zur Übernahme selbstschuldnerischer Bürgschaften zugunsten von Bauunternehmern verpflichtet. Das Reichsgericht führt hierzu aus, gegenüber den geschädigten Klägern habe keine Ausübung öffentlicher Gewalt - auch nicht in fürsorgerischer Hinsicht - vorgelegen. Die Post hafte demgemäß für den eingetretenen Schaden nach den Bestimmungen des BGB. Am Rande stellt das Reichsgericht klar,

daß der Oberpostrat selbst, würde er in Anspruch genommen, nach § 839 BGB hafte. Das Reichsgericht begründet dies nicht. Es darf jedoch angenommen werden, daß die Anwendung von Sonderhaftungsrecht für den Postbediensteten allein auf dessen formelle Beamteneigenschaft zurückgeführt wird.

In der Entscheidung vom 10.1.1941 [4] geht es um die Frage, ob der Staat für einen schuldhaft verursachten Verkehrsunfall auf der Rückfahrt von einer Rundfunkentstörung nach Art. 131 WRV in Verbindung mit § 839 BGB hafte. Das Reichsgericht setzt sich mit den Ansichten, die das Vorliegen hoheitlicher Tätigkeit in einem solchen Fall verneinen, u. a. wie folgt auseinander: [5]

> " Würde die unfallverursachende Kraftfahrt nicht von einem Angestellten, sondern von einem Beamten der Reichspost ausgeführt worden sein, so würde, da diese Handlung jedenfalls nicht dem bürgerlichrechtlichen Betätigungskreis der Reichspost angehört, sondern in ihr hoheitsrechtliches Aufgabengebiet fiele, nach der hier zurückgewiesenen engen Auffassung der Beamte zwar nach § 839 BGB, die Reichspost dagegen überhaupt nicht haften, da § 831 BGB ( Bestellung eines Verrichtungsgehilfen im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis ) nicht vorliegt."

Das Reichsgericht will hier unterschiedliche Haftungsfolgen für beamtete und nichtbeamtete Bedienstete bei sonst gleichem Handlungsverlauf feststellen. Diese Äußerung läßt eindeutig erkennen, daß das Reichsgericht den Beamtenbegriff des § 839 BGB auf Beamte im dienstrechtlichen Sinne beschränkt wissen will.

Offensichtlich jedoch bot die Rechtsprechungspraxis keine Gelegenheit, sich eingehend mit dieser Frage zu beschäftigen. Gegenüber der mächtigen Ausbreitung der Staatshaftung blieb die Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB von geringer Bedeutung. Ebensowenig wie die Praxis Anlaß hatte, sich ernsthaft Gedanken darüber zu machen, ob die bisherige Begriffsbestimmung nach der Änderung der dienstrechtlichen Vorschriften noch vertretbar war, nahm die Lehre Gelegenheit zu einer solchen Untersuchung. Während man für die Staatshaftung einen neuen Weg zur Bestimmung

des Beamtenbegriffs beschritten hatte, blieben für § 839 BGB die alten, aus der Zeit vor dem Beamtenrechtsänderungsgesetz geltenden Vorstellungen bestehen. H o f f m a n n schreibt im Jahre 1935 [6]:

> " Im zweiten Fall ( erg.: im Falle der Eigenhaftung nach § 839 BGB ) bleibt es bei dem allgemeinen - engen - staatsrechtlichen Beamtenbegriff; denn da eine persönliche Haftung des Beamten aus § 839 BGB nur dann eintritt, wenn keine öffentliche Gewalt betätigt wird, kann ein Beamtenbegriff, der als wesentliches Bestimmungsmerkmal den Begriff der öffentlichen Gewalt enthält, nicht zur Auslegung des Begriffs "Beamter" im Sinne des § 839 BGB herangezogen werden."

Abgesehen davon, daß hier die Ausnahmen, in denen Eigenhaftung trotz hoheitlicher Tätigkeit in Frage kommt [7], nicht berücksichtigt werden, ist die Erwägung zwar richtig, daß der Beamtenbegriff des Art. 131 WRV nicht auf § 839 BGB übertragen werden kann; nur kann dies niemals eine Begründung dafür abgeben, den dienstrechtlichen Beamtenbegriff auch nach seiner gesetzlichen Neufassung auf § 839 BGB anzuwenden.

Die Lehre und Rechtsprechung nach 1945 haben diese Auffassung zur Beamtenhaftung in ihren Grundzügen übernommen [8]. Eine eingehende Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Frage des Beamtenbegriffs des § 839 BGB fehlt - soweit ersichtlich- allerdings noch. Die nachfolgend angeführten Äußerungen aus der Rechtsprechung lassen jedoch erkennen, daß der Bundesgerichtshof der herrschenden Ansicht folgt.

In seiner Entscheidung vom 19.6.1952 [9] hatte der Dritte Senat über Ersatzansprüche für Schäden zu befinden, die ein Reichsbahninspektor durch Ausstellen unrichtiger Beförderungspapiere verursacht hatte. Nach Ansicht des Senats hat sich der Beamte persönlich nach § 839 BGB haftbar gemacht. Gründe für diese Ansicht werden nicht genannt. Die folgenden Ausführungen lassen jedoch erkennen, daß die staatsrechtliche Beamteneigenschaft ausschlaggebend war:

> " Eine Haftung der Körperschaft des öffentlichen

> Rechts aus §§ 31, 89 BGB kann auch nicht daraus hergeleitet werden, daß etwa ein Beamter außerhalb der Ausübung von Hoheitsbefugnissen seine Amtspflicht verletzt und sich daraus persönlich nach § 839 BGB haftbar macht; im bürgerlich-rechtlichen Geschäftskreis sollen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht besser und auch nicht schlechter als juristische Personen des Privatrechts gestellt werden. Deshalb hat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, von der abzuweichen keine Veranlassung besteht, nur die Haftungsgründe des allgemeinen Rechts zur Herstellung der Verantwortlichkeit der öffentlichen Körperschaften nach §§ 89, 31 BGB herangezogen. Die öffentliche Körperschaft soll insbesondere nicht schlechter gestellt werden darin, daß sie für eine im Privatrechtsverkehr ausgeübte Pflichtverletzung eines Beamten deshalb eintreten müßte, weil er eben Beamter ist, während im gleichen Fall eine Körperschaft des öffentlichen Rechts für einen pflichtwidrigen Angestellten nicht haften würde."

Unschwer läßt sich aus dieser Entscheidung wie auch aus der nachfolgend gegebenen Rechtsprechung über die Haftung des Staates für die zur Verwaltung eingezogenen jüdischen Vermögens eingesetzten Treuhänder erkennen, daß der Bundesgerichtshof am dienstrechtlichen Beamtenbegriff für § 839 BGB festhält.

Das Oberlandesgericht Kiel hatte in seiner Entscheidung vom 10.7.1947 [10] die Haftung des Staates für Pflichtverletzungen von Treuhändern, die nach der Verordnung vom 3.12 1938 mit der Verwaltung eingezogenen jüdischen Vermögens betraut worden waren , nach Maßgabe des § 839 BGB in Verbindung mit Art. 131 WRV grundsätzlich bejaht, da es sich um Ausübung hoheitlicher Gewalt gehandelt habe. Das Oberlandesgericht München hat diese Ansicht korrigiert: Der Staat hafte bei Treuhändern nach dem Militär - Regierungs - Gesetz Nr. 52 nur für Verschulden seiner Beamten bei der Auswahl und der Überwachung des Treuhänders. Nur insoweit liege Ausübung hoheitlicher Gewalt vor. Im übrigen hafte der Treuhänder für seine Pflichtverletzungen selbst [11].

Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 18.3.1953 [12] für den Treuhänder selbst die Amtshaftung

ganz allgemein abgelehnt. Er begründet das zutreffend einmal damit, daß d e Tätigkeit der Abwickler keine Ausübung öffentlicher Gewalt sei. Die unmittelbare Anwendung des § 839 BGB in Beziehung auf den Treuhänder wird sodann jedoch deshalb abgelehnt, weil dieser kein Beamter im staatsrechtlichen Sinne sei.

Zur gleichen Frage führt der Bundesgerichtshof im Urteil vom 24.6.1957 [13] folgendes aus:

> " Die Voraussetzungen der eine persönliche Haftung des Beklagten ausschließenden Amtshaftung ( § 839 BGB, Art. 131 WRV ) sind nicht gegeben. Der Beklagte ist nicht im staatsrechtlichen Sinne Beamter gewesen. Seine Bestellung zum kommissarischen Verwalter des Vermögens der Klägerin durch Verfügung vom 24.7.1945 hat auch kein Beamtenverhältnis im Sinne der Vorschriften über die Amtshaftung begründet. Es sind ihm keine hoheitlichen Befugnisse, schon garnicht die einer deutschen Stelle übertragen worden. Seine Tätigkeit lag ausschließlich auf privatrechtlichem Gebiet."[14]

Das Problem des Beamtenbegriffs des § 839 BGB bei fiskalischer Tätigkeit findet sich in der Rechtsprechung schließlich in zahlreichen Entscheidungen, bei denen die Haftung beamteter oder nichtbeamteter Ärzte in Frage steht.

Das Kammergericht beschäftigt sich im Urteil vom 13.10. 1949 [15] mit der persönlichen Haftung des Chefarztes eines Berliner Städtischen Krankenhauses wegen unerlaubter Handlung ( Kunstfehler ). Die Vorinstanz hatte die persönliche Haftung des Arztes nach § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB verneint, da die Haftung der Stadt Berlin eine anderweitige Ersatzmöglichkeit darstelle. Nachdem das Kammergericht festgestellt hat, die Stadt Berlin hafte nach §§ 89, 31 BGB, fährt es fort:

> " Diese städtische Haftung würde den Beklagten von seiner Eigenhaftung nur befreien, wenn § 839 BGB zum Zuge käme, der Beklagte also als Beamter der Stadt Berlin dem Ehemann der Klägerin gegenüber seine Amtspflicht verletzt hätte, da dann dieKlägerin den Beklagten wegen der diesem zur Seite stehenden Schutzvorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht in Anspruch nehmen könnte, weil sie von Berlin nach §§ 89, 31, 831 BGB Ersatz verlangen kann. Der Beklagte hat nun aber selbst eine Beschei-

nigung des Bezirksamts ... vorgelegt, wonach er als ärztlicher Direktor und dirigierender Arzt der chirurgisch - orthopädischen Abteilung des Städtischen Krankenhauses Angestellter des Magistrats der Stadt Berlin ist.- Der Nichtbeamte hat selbst für seine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtung begangenen, zum Schadensersatz verpflichtenden unerlaubten Handlungen einzustehen ( JW 24,1155 )."[16]

Diese Entscheidung steht auf dem Boden der herrschenden Lehre [17]. Sie entspricht auch den Ansichten des Reichsgerichts und Bundesgerichtshofes, soweit diese bisher Ausdruck gefunden haben. Von allen genannten Entscheidungen hat die herrschende Ansicht allerdings in diesem Urteil seine weitestgehende Ausprägung gefunden. Die Entscheidung ist um so problematischer, als die Stadt Berlin nach dem Zusammenbruch alle Beamten- in Angestelltenverhältnisse umgewandelt hatte. Das Kammergericht hatte sich kurz vor der oben wiedergegebenen Entscheidung mit dieser Frage beschäftigt und entschieden, daß in Berlin die Rechte der früheren Beamten weder ausdrücklich noch dadurch beseitigt seien, daß seit dem Zusammenbruch in der Stadtverwaltung nur noch Angestellte beschäftigt würden [18]. Danach war es also so, daß dem Beklagten im Innenverhältnis de facto Beamtenrechte zukamen, ihm nach außen jedoch die Vorzüge der Beamtenhaftung versagt wurden, weil er pro forma nur Angestellter war.

In der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 25.4. 1960 [19] geht es um die Haftung des beamteten Oberarztes einer Universitätsklinik. Der Bundesgerichtshof verurteilt das beklagte Land zum Ersatz des Vermögensschadens und den beklagten Arzt zur Zahlung von Schmerzensgeld nach § 839 BGB. Hierzu wird ausgeführt:

" Die Verpflichtung des beamteten Oberarztes zur sachgemäßen Behandlung des Patienten einer Universitätsklinik stellt nach ihrem Zweck nicht nur eine innerdienstliche Pflicht gegenüber dem Träger der Klinik, sondern auch eine ihm dem einzelnen Patienten gegenüber obliegende Amtspflicht dar. Die Auffassung, daß der Beklagte im Rahmen seiner hier interessierenden Tätigkeit als Beamter ( im staatsrechtlichen Sinne )[20] tätig geworden sei und daß es sich bei der Aus-

> übung dieser Tätigkeit nicht um "Ausübung öffentlicher Gewalt", sondern um die Wahrnehmung von dem privatrechtlichen Bereich zuzurechnenden Aufgaben gehandelt habe, entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats."

Insbesondere diese letzte Entscheidung läßt mit aller Deutlichkeit erkennen, daß der Bundesgerichtshof uneingeschränkt der herrschenden Ansicht folgt, nämlich daß ein Beamter - und zwar nur ein Beamter - bei nichthoheitlicher Tätigkeit nach § 839 BGB selbst haftet, allein weil er Beamter im Sinne der Vorschriften des Beamtenrechts ist.

2. Die abweichenden Lehrmeinungen.

§ 4 Im vorangegangenen Abschnitt wurde dargestellt, daß es bis zum Erlaß des BeamtenrechtsänderungsG von 1933 keine Diskussion um eine eigenständigen haftungsrechtlichen Beamtenbegriff gab. Man übernahm für die Beamten- und Staatshaftung den von der Rechtsprechung und Lehre umschriebenen Begriff des Dienstrechts. Indessen fällt auf, daß einige Autoren sich nicht mit dem Hinweis auf das Beamtenrecht begnügen, sondern - ohne darum ausdrücklich in Opposition zur herrschenden Auffassung zu treten- für den Beamtenbegriff des § 839 BGB daneben ein ganz allgemeines funktionelles Element nennen. S i e g e l verlangt neben der dienstrechtlichen Beamteneigenschaft, daß der Beamte "kraft ihm gewordenen besonderen Amtsauftrages bestimmte staatliche Zwecke zu verwirklichen berufen ist." [1] M e l t z führt zum Beamtenbegriff aus, "daß die dem Staat zu leistenden Dienste unmittelbar oder mittelbar zur Förderung staatlicher Zwecke bestimmt sein müssen." [2] D r o u v e n weist bei seiner Begriffsbestimmung darauf hin, daß die vom Beamten zu leistenden Dienste "die Förderung und Durchführung staatlicher Aufgaben bezwecken und zum Wohl des allgemeinen Besten dienen müssen." [3] Diese Äußerungen mögen als ein bereits vorhandenes noch unbestimmtes Gefühl dafür gewertet werden, daß die Elemente des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs allein für den Beamtenbegriff des § 839 BGB

nicht ausreichen, daß vielmehr den Eigenarten des Haftungsrechts erst dann genügt wird, wenn zur Beamtenqualifikation ein nach außen in Erscheinung tretendes Tätigkeitsmerkmal hinzukommt. Im Bereich hoheitlicher Tätigkeit versteht sich dies von selbst; hier entspricht diese Vorstellung auch der allgemeinen Ansicht, die ja schon im Dienstrecht neben dem als solchem berufenen Beamten auch den Beamten kraft hoheitlicher Funktion kennt. Im Bereich fiskalischer Tätigkeit stand die Ansicht der genannten drei Autoren allerdings allein, da hier der dargestellten herrschenden Ansicht nach allein die Position des Staatsbediensteten darüber entschied , ob Beamteneigenschaft im Sinne des § 839 BGB vorlag oder nicht. Es muß daher bezweifelt werden, daß die oben angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts [4] die Zustimmung dieser Autoren gefunden hätten; dort wurde für fiskalisch tätige Beamte die Haftung nach § 839 BGB festgestellt, nur weil sie Beamte im Sinne des öffentlichen Rechts waren. Zumindest im Falle des Bürgermeisters, der als Mitglied des Vorstandes einer städtischen Sparkasse einen Schaden verursachte, erscheint es fraglich, ob er den hier genannten Anforderungen an einen Beamten im Sinne des § 839 BGB Genüge tat.

Bemerkenswert ist die von der herrschenden Auffassung vollständig abweichende Ansicht E c k s t e i n s. Dieser räumt ausschließlich der Funktion Bedeutung zur Bestimmung des Beamtenbegriffs des § 839 BGB ein. Er bestreitet, daß die wesentlichen Merkmale des Beamtenbegriffs in der Anstellung zu finden seien; vielmehr regele diese allein das interne Verhältnis, könne daher begriffsbestimmend auch nur für das interne Verhältnis sein [5]; der Inhalt und nur der Inhalt der Tätigkeit mache deren Subjekt zum Beamten im Sinne des § 839 BGB [6]. Eckstein bestimmt den Beamten des § 839 BGB als den autoritativen Träger der Staatsgewalt. Er will also nur den Träger hoheitlicher Aufgaben als Beamten im Sinne des § 839 BGB anerkennen. Den Anwendungsbereich des § 839 BGB beschränkt er damit auf hoheitliche Tätigkeit. Diese Auffassung verkennt allerdings die Bedeutung des § 839 BGB für den Bereich nichthoheitlicher

Tätigkeit [6a]. Indessen ist dieser selbständige, rein funktionelle Beamtenbegriff auf einem Wege gefunden worden, den die Lehre und Rechtsprechung später mit Erfolg zur Bestimmung des Beamtenbegriffs des Art. 131 WRV beschritten haben und den einige Autoren - zum Beispiel Kleinhoff - heute zumindest für einen Teilbereich des § 839 BGB begangen wissen wollen. Zu ihrer Zeit ist die Ansicht Ecksteins jedoch ohne jeden Widerhall geblieben [7].

Gewisse Abweichungen von der herrschenden Ansicht sind bei D e l i u s feststellbar [8]. Grundsätzlich will er den Beamtenbegriff des § 359 StGB auf § 839 BGB übertragen [10]. Er führt dazu aus:

> " Das innere Verhältnis zwischen Behörde und Angestellten kann als ein privatrechtliches geregelt sein, während nach außen hin der Angestellte amtliche Funktionen ausüben soll." 11

Und an anderer Stelle:

> " Die Verantwortlichkeit ... der aufgrund eines privaten Dienstvertrages ( § 611 BGB ) angenommenen, nicht als Beamte angestellten Hilfskräfte richtet sich bei Dienstwidrigkeiten nach allgemeinem Recht." 12

Delius will also Angestellte, die in amtlicher Funktion tätig werden, zu den Beamten des § 839 BGB rechnen, nicht dagegen die Angestellten, die lediglich als Hilfskräfte beschäftigt werden. Diese Abweichung kann indessen nicht sehr ins Gewicht fallen, da nach damaliger Rechtsanschauung die Ausübung hoheitlicher Befugnisse ein Beamtenverhältnis im dienstrechtlichen Sinne begründen konnte. Unter hoheitlichen Befugnissen im Sinne dieser Rechtsprechung hat man jedoch das zu verstehen, was wir heute als obrigkeitliche Gewaltausübung kennzeichnen [13]. Es bleibt somit der allerdings damals im Vergleich zu heute ungleich unbedeutendere Bereich leistender Hoheitsverwaltung, dessen im Angestelltenverhältnis beschäftigte Funktionäre nach Delius den Beamten des § 839 BGB zuzurechnen sind, während die herrschende Ansicht auf diese Personen allgemeines Haftungsrecht anwandte. Dagegen darf nicht angenommen werden, daß Delius, der von der Ausübung "amtlicher Funktionen" spricht, auch die nichthoheitlich tätigen Angestellten den Beamten

gleichstellen will. Der von Delius vorgeschlagene Beamtenbegriff zeigt daher Ähnlichkeiten mit dem Begriff Kleinhoffs.

Kleinhoff hat folgende Formulierung vorgeschlagen:

> " Beamte im Sinne des § 839 BGB sind über die Beamten im staatsrechtlichen Sinne hinaus auch alle sonstigen Personen, soweit sie in Ausübung der ihnen vom Staat oder einer dazu befugten Körperschaft anvertrauten hoheitlichen Funktionen tätig werden." 14

Dieser Beamtenbegriff stimmt mit der herrschenden Auffassung darin überein, daß er zwei voneinander abweichende Umschreibungen der Personen, die als Beamte anzusehen sind, kennt: Einerseits die dem öffentlichen Dienstrecht entlehnte Begriffsbestimmung, andererseits den nach der dem Bediensteten übertragenen Funktion bestimmten Begriff. Uneinigkeit besteht zwischen den Theorien über den Anwendungsbereich der beiden Begriffe. Die herrschende Auffassung unterscheidet danach, ob gemäß Art. 34 GG die Haftung des Staates eintritt oder nicht. Sie verwendet den weiten, nach der Übertragung hoheitlicher Funktionen bestimmten Begriff dann, wenn es um die Staatshaftung geht; in den Fällen der Eigenhaftung des Beamten läßt sie dagegen den engen, nach dienstrechtlichen Vorschriften bestimmten Begriff gelten. Der eine Begriff gilt also ausschließlich für Art. 34 GG, der andere ebenso ausschließlich für § 839 BGB. Kleinhoff richtet demgegenüber seine Unterscheidung danach ein, ob hoheitliches oder nichthoheitliches Handeln vorliegt. In allen Fällen hoheitlichen Handelns bedient er sich des funktionell zu bestimmenden Begriffs, während er beamtenrechtliche Maßstäbe heranzieht, wenn nichthoheitliche Tätigkeit des Beamten in Frage steht. Kleinhoffs Beamtenbegriff zu § 839 BGB beschränkt sich daher nicht auf Beamte im Sinne des öffentlichen Dienstrechts, sondern bezieht alle mit hoheitlichen Aufgaben betraute Personen mit ein.

Die Kriterien, nach denen man unterschiedliche Personengruppen im Haftungsrecht als Beamte anerkennt, heißen also nach der herrschenden Lehre S t a a t s h a f t u n g

und E i g e n h a f t u n g , nach Kleinhoff h o h e i t l i c h e und n i c h t h o h e i t l i c h e Tätigkeit. Die praktische Folge ist, daß Kleinhoff auch dann den funktionellen Beamtenbegriff verwendet, wenn trotz hoheitlichen Handelns keine Staatshaftung eintritt, wärend die herrschende Lehre es in diesen Fällen beim dienstrechtlichen Begriff bewenden lassen will. Die Fälle sind selten. Vor allem ist hier § 7 RBeamtenHaftungsG zu nennen, nach dem mangels verbürgter Gegenseitigkeit die Haftungsübernahme gemäß Art. 34 GG gegenüber einem Ausländer verweigert werden kann. Hierher gehören ferner auch § 6 PostG und § 29 TelegrafenO [15].

Kleinhoff stimmt mit der herrschenden Lehre wiederum darin überein, daß bei Schädigungen aus fiskalischer Tätigkeit jedenfalls nur derjenige nach § 839 BGB haftet, der Beamter im Sinne der dienstrechtlichen Vorschriften ist.

Der Begriffsbestimmung Kleinhoffs haben sich E s s e r[16], Enneccerus - L e h m a n n [17] und L a r e n z [18] angeschlossen - die beiden zuletzt genannten Autoren jedoch zu Unrecht; denn da nach ihrer Ansicht bei hoheitlichem Handeln immer die Staatshaftung eingreifen soll, eine Eigenhaftung bei hoheitlichem Handeln also nicht in Betracht kommt[19], ist für sie das Problem, um dessentwillen Kleinhoff seinen Beamtenbegriff formuliert hat, ohne Bedeutung. Richtigerweise gehören beide Autoren daher zur Gruppe der herrschenden Ansicht. - Ferner müßte auch S c h a c k der Ansicht Kleinhoffs zustimmen; denn seine früher geäußerten Bedenken gegen die Begriffsbestimmung der herrschenden Lehre, der jedoch kein eigener Vorschlag gefolgt ist, haben sich durch Kleinhoffs Beamtenbegriff erledigt [20].

Die folgenden Autoren gehen in ihrer Kritik an der herrschenden Lehre weiter: G ü t z k o w [21] vertritt die Ansicht, bei der Eigenhaftung des Beamten müsse der Beamtenbegriff des § 839 BGB weitergefaßt werden als der staatsrechtliche Beamtenbegriff; eine andere Auslegung sei sinnwidrig. Dem schließt sich B a c h o f [22] an.

F r i e b e [23] schlägt vor, den Anwendungsbereich des § 839 BGB auch auf die privatrechtlich tätigen Angestellten auszudehnen. Er hält dies jedoch nur durch eine Maßnahme des Gesetzgebers für durchführbar; statt "Beamter" soll es seinem Vorschlage nach "Amtsträger" heißen.

Die Rechtsprechung folgt -wie bereits dargestellt- soweit ersichtlich uneingeschränkt der herrschenden Lehre. Indessen gibt es hier eine Ausnahme. Der Oberste Gerichtshof für die britische Zone hat das Problem einmal angedeutet und in Frage gestellt, ob die u nterschiedliche Begriffsbestimmung der herrschenden Lehre vertretbar sei[24]. Zu einer Entscheidung dieser Frage sah sich der Oberste Gerichtshof allerdings nicht veranlaßt.

Von B e t t e r m a n n stammt die entscheidende Anregung, die Problematik des Beamtenbegriffs des § 839 BGB neu zu durchdenken. Im Rahmen seiner Untersuchung über den Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit[25] kennzeichnet er die vorherrschende Auslegung dieses Beamtenbegriffs als willkürlich, "da es für die Frage, ob und in welchem Umfang eine Amtspflichtverletzung zum Schadensersatz Dritten (nicht: dem Dienstherrn) gegenüber verpflichtet, keinen Unterschied machen kann, welcher Art das Dienstverhältnis des Amtsträgers ist." [26] Außerdem verweist Bettermann auf das Mißverhältnis zweier unterschiedlicher eiander nicht ergänzender Begriffe im Art. 34 GG und im § 839 BGB, also für Rechtsnormen, von denen die eine die Ergänzung der anderen ist. Nach Bettermanns Vorschlag kann diese Schwierigkeit nur durch eine einheitliche Begriffsbestimmung in der Weise gelöst werden, daß sich hinsichtlich des Täterkreises beide Begriffe trotz abweichender Formulierung decken [27].

Für den fiskalischen Bereich möchte Bettermann - wie er in einer erst jüngst erschienen Veröffentlichung dargelegt hat [28]- die Anwendung des § 839 BGB überhaupt ausgeschlossen wissen. Es werden damit Bedenken gegen die Amtshaftung im fiskalischen Bereich angemeldet, wie sie mit gleichem Ergebnis früher schon O. Mayer und Eckstein

erhoben haben [29]; und wenn Bettermann ausführt, er vermöge keinen Grund dafür zu erkennen, daß ein Sparkassenbeamter für Rechts- und Pflichtverletzungen im Geschäftsverkehr mit der Kundschaft nach anderen Regeln haften soll als der "Bankbeamte", d.h. der Angestallte einer privaten Bank, so würde das sicherlich nicht nur die Zustimmung der beiden genannten Autoren sondern auch derjenigen gefunden haben, die für den Beamtenbegriff des § 839 BGB ein noch unbestimmtes öffentliches Element gefordert hatten [30]. Nicht zuletzt ist die gleiche Erwägung einer der Anlässe dieser Untersuchung gewesen. - Bei der Prüfung des Anwendungsbereichs des § 839 BGB wird die vorliegende Untersuchung zwar zu einem von Bettermanns Ansicht abweichenden Ergebnis kommen [31]; sie verdankt den Ausführungen Bettermanns jedoch die Erkenntnis, daß die Problematik des § 839 BGB gerade dort liegt, wo die Geltung dieser Norm für Pflichtverletzungen in Ausübung fiskalischer Tätigkeit beansprucht wird. Mit dieser Erkenntnis war zugleich die Richtung gewiesen, in der eine befriedigende Begriffsbestimmung gefunden werden kann.

## 2. K a p i t e l

## Das System der Beamten- und Staatshaftung.

### I. Das System und seine Problematik.

§ 5 Die im vorangegangenen Kapitel dargestellten Ansichten - seien es die des Reichsgerichts oder des Bundesgerichtshofes, die der herrschenden Lehrmeinung oder auch die im letzten Abschnitt genannten abweichenden Ansichten zum Beamtenbegriff des § 839 BGB - gehen von einem nahezu übereinstimmenden System des Beamten- und Staatshaftungsrechts aus. Es läßt sich wie folgt umschreiben [1]: § 839 BGB normiert die Beamtenhaftung; er ist Haftungsgrundlage für die persönliche Inanspruchnahme des schuldhaft schädigenden Staatsbediensteten, gleichgültig ob dieser die Schädigung im Vollzuge hoheitlicher oder fiskalischer Verrichtungen verursacht hat. War der Schädigende einer hoheitlichen Aufgabe nachgekommen, so übernimmt nach

Art. 34 GG für diesen der Staat die Entschädigung des Verletzten. Art. 34 GG erweitert die Beamtenhaftung zur Staatshaftung; die Bedeutung einer eigenständigen Haftungsgrundlage kommt ihm nicht zu.

Bemerkenswert ist die Unterscheidung der Tätigkeitsbereiche: hier hoheitliche, dort fiskalische Tätigkeit. Unter hoheitlicher Tätigkeit ist die gesamte in Rechtsformen des öffentlichen Rechts ausgeübte Staatstätigkeit zu verstehen, also die befehlende, auch obrigkeitlich genannte Gewaltausübung und die leistende Verwaltung, soweit die Leistung in öffentlich - rechtlicher Rechtsform erbracht wird. Dem Fiskus wird demgegenüber die gesamte Tätigkeit des Staates, die sich in Rechtsformen des bürgerlichen Rechts bewegt, zugerechnet [2].

§ 839 BGB greift stets ein: hier als Grundtatbestand einer Haftung, die nach Art. 34 GG den Staat trifft; dort als Anspruchsnorm für die Eigenhaftung des Beamten. Die Bedeutung des Art. 34 GG beschränkt sich auf den Bereich hoheitlicher Tätigkeit; seine Wirksamkeit ist unlösbar an die Tatbestandsvoraussetzungen des § 839 BGB gebunden.

Erst dieses System der aneinander gebundenen, sich nur teilweise deckenden Tatbestände ermöglichte die Entwicklung der voneinander abweichenden Beamtenbegriffe. Der Streit um den Beamtenbegriff des Haftungsrechts würde sich erübrigen, wenn die Geltung beider Normen für die unterschiedlichen Bereiche staatlicher Tätigkeit einander deckten oder wenn keine Verknüpfung zwischen Beamten- und Staatshaftung bestünde. Würde § 839 BGB nur den Bereich hoheitlicher Tätigkeit umfassen, wie dies bei Art. 34 GG der Fall sein soll, oder würde Art. 34 GG auch für fiskalische Tätigkeit eingreifen, wie dies von § 839 BGB behauptet wird, so wäre ein einheitlicher haftungsrechtlicher Beamtenbegriff zwingend geboten und daher längst Wirklichkeit. Andererseits würde die Uneinheitlichkeit der vorliegenden Begriffsbestimmungen nicht zu den in der Einleitung [3] geschilderten praktischen Unverträglichkeiten führen, wenn die behauptete Abhängigkeit zwischen beiden Normen nicht bestünde.

In der Tat ist das dargestellte System nicht unbestritten geblieben. Man hat die Geltung des § 839 BGB für fiskalische Tätigkeit des Beamten, wie auch die Beschränkung des Art. 34 GG auf den hoheitlichen Bereich staatlicher Tätigkeit geleugnet. Man hat auch die enge Verknüpfung beider Normen bestritten und einer Verselbständigung der Staatshaftung das Wort geredet:

II. Der Anwendungsbereich des § 839 BGB.

§ 6 Otto M a y e r [1] war der Ansicht, § 839 BGB fiele unverkennbar derartig aus dem Rahmen zivilrechtlicher Haftungsgrundsätze, daß er garnicht auf den Verkehr des Fiskus passe. "Ein öffentlicher Beamter auf dem Gebiete der öffentlichen Verwaltung tätig", das sei bei § 839 BGB vorausgesetzt [2]. Für O. Mayer haften daher die Beamten und Angestellten, die für den Fiskus handeln, persönlich in gleicher Weise, wie die Vorstände und die Leute einer gewöhnlichen juristischen Person des Privatrechts [3].

E c k s t e i n [4], der nur den Träger hoheitlicher Gewalt als Beamten im Sinne des § 839 BGB anerkennen will, kommt auf diesem Wege zum gleichen Ergebnis. Beide Autoren beschränken demgemäß den Anwendungsbereich des § 839 BGB auf hoheitliche Tätigkeit.

Otto Mayers Ansicht entspricht der durch das französiche Rechtssystem geprägten Anschauung, staatliches Handeln stehe schlechthin hoheitlichem Handeln gleich. Nach dieser Anschauung besteht eine Vermutung dafür, daß der Staat in Rechtsformen des öffentlichen Rechts tätig wird, da die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke von Natur aus öffentliche Verwaltung ist [5]. Die Anwendung des Zivilrechts für staatliche Zwecke ist demgegenüber die Ausnahme und beschränkt sich auf solche Einrichtungen, die ursprünglich auf privatwirtschaftlichem Boden entstanden und erst später vom Staat übernommen worden sind [6]. Von hier aus versteht sich Otto Mayers Lehre, eine für staatliche Tätigkeit geschaffene Sonderhaftungsnorm gelte eben nur

für hoheitliches Handeln. Die deutsche Rechtsentwicklung hat sich jedoch nicht in der von Otto Mayer vorgeschlagenen Weise an der französichen Rechtspraxis orientiert [7]. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht ist fragwürdiger geworden. Es gibt heute einen weiten Bereich staatlicher Tätigkeit, die in Formen des bürgerlichen Rechts abgewickelt wird, darum aber keineswegs ihren Charakter als eine dem Staat eigentümliche Tätigkeit verloren hätte [8]. Otto Mayers Ansicht läßt sich daher nicht mehr mit der Begründung aufrechterhalten, staatliche Tätigkeit, für die § 839 BGB mit seinen Besonderheiten ausschließlich vorgesehen sei, beschränke sich im wesentlichen auf Verwaltung in Formen des öffentlichen Rechts. Der Gedanke Otto Mayers, die Anwendung des § 839 BGB sei dann unangebracht, wenn der Staat wie jeder Einzelne auftrete, ist allerdings nicht ganz von der Hand zu weisen. Nicht zu Unrecht hat auch Bettermann [9] in jüngster Zeit neu die Frage aufgeworfen, ob die Beamtenhaftung des § 839 BGB nicht auf hoheitliche Tätigkeit zu beschränken sei. Bettermann vermißt einen rechtfertigenden Grund für die Anwendung einer Sonderhaftungsnorm, wenn der Staat als Teilnehmer des Privatrechtsverkehrs auftritt.

Indessen widerspricht es dem aus dem Gesetz ersichtlichen Willen des Gesetzgebers, § 839 BGB ausschließlich und vorbehaltslos auf den Bereich hoheitlicher Tätigkeit zu beschränken. Der Gesetzgeber des Bürgerlichen Gesetzbuches hat hoheitliche und nichthoheitliche Tätigkeit sehr wohl unterschieden und im Gesetz hervorgehoben. Art. 77 EGBGB nennt die Beamten, denen öffentliche Gewalt anvertraut ist, und überläßt es dem Landesgesetzgeber, für Schädigungen in Ausübung der öffentlichen Gewalt die Staatshaftung anzuordnen. Der Unterschied ist schon in den Vorentwürfen und Motiven zur Sprache gekommen. Art. 56 des 1.Entwurfs zum EGBGB, aus dem Art. 77 EGBGB entstanden ist, hatte folgenden Wortlaut:

> "Unberührt bleiben die Vorschriften der Landesgesetze über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände (Provinzial-,Kreis-, Amtsverbände) für den von ihren Beamten zugefüg-

ten Schaden, unbeschadet der §§ 46/63 des BGB."

In den Motiven [10] wird bemerkt, die Haftpflicht der §§ 46, 63 (später §§ 31, 89 BGB) beziehe sich nur auf solche Handlungen, welche ein Beamter in Ausübung der ihm in privatrechtlichen Verhältnissen zustehenden Vertretungsmacht begehe. Die Frage, ob und wieweit der Staat und die Gemeinden für den Schaden einzustehen haben, den ein Beamter als Träger öffentlicher Machtbefugnisse den der Amtsgewalt Unterworfenen oder Dritten zufügt, werde durch das Bürgerliche Gesetzbuch nicht entschieden; die Regelung dieser Frage sei der Landesgesetzgebung anheimgegeben.

All dem ist zu entnehmen, daß der Gesetzgeber gerade auf dem Gebiet der Beamtenhaftung den Unterschied zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit beachtet hat. Wollte er § 839 BGB auf hoheitliche Tätigkeit beschränkt wissen, so hätte er dies - wie an anderer Stelle - expressis verbis zum Ausdruck gebracht. Die Anwendung des § 839 BGB kann demzufolge nicht auf hoheitliche Tätigkeit beschränkt werden [11]. Im Ergebnis dieser Untersuchung wird jedoch einer gewissen Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 839 BGB bei nichthoheitlicher Tätigkeit das Wort geredet. Diese Einschränkungen werden aus gleichen Erwägungen hergeleitet, wie sie die Bedenken Otto Mayers und Bettermanns gegen die Anwendung des § 839 BGB bei nichthoheitlicher Tätigkeit bestimmt haben.

III. Der Anwendungsbereich des Art. 34 GG.

§ 7 Jeder Streit über einen unterschiedlichen Beamtenbegriff für Art. 34 GG und § 839 BGB müßte sich andererseits erübrigen, wenn sich Anwendungsbereich des Art. 34 GG mit dem des § 839 BGB deckten.

Art. 131 WRV konnte sich insoweit schon seinem Wortlaut nach nicht mit § 839 BGB decken. In Übereinstimmung mit § 1 des preußischen BHaftungsG [1] und § 1 des RBHaftungsG [2] sprach Art. 131 WRV von der Ausübung öffentlicher Gewalt. Die Motive zum Entwurf des RBHaftungsG führen zu diesem Begriff folgendes aus:

> " Er bezeichnet zutreffend die hier in Betracht kommende Sphäre staatlicher Tätigkeit, die zum Unterschied von anderen Seiten der Staatstätigkeit, welche dem allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr angehören, dem Staat als solchem eigentümlich ist." [3]

Demgemäß war in Rechtsprechung und Rechtslehre zu Art. 131 WRV anerkannt, daß der Staat nach dieser Vorschrift nur für solche Amtspflichtverletzungen einzustehen habe, die bei einer Betätigung in Ausübung hoheitlicher Gewalt begangen wurde [4].

Im Grundgesetz ist nunmehr von jemandem "in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes" die Rede. Über die Bedeutung dieses Wortlautes herrscht infolge der zu Art. 131 WRV geänderten Fassung Streit. Es wird die Ansicht vertreten, nunmehr hafte der Staat in jedem Falle nach Art. 34 GG, gleichgültig ob der Beamte hoheitlich oder fiskalisch tätig werde [5]. In der Rechtsprechung und im überwiegenden Schrifttum wird diese Ansicht nicht geteilt. Nach der vorherrschend vertretenen Auffassung ist insoweit keine Rechtsänderung zu Art. 131 WRV eingetreten [6]. Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, eine derartig einschneidende Änderung habe bei den Beratungen zum Grundgesetz niemals zur Debatte gestanden. Nach Forsthoff besagt die veränderte Fassung, daß-in Anpassung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts [7]- nicht nur Maßnahmen staatlicher Zwangsgewalt, sondern auch solche, die in Ausübung fürsorgerische Tätigkeit vorgenommen werden, unter Art. 34 GG fallen. Art. 34 GG wolle nur nach Maßgabe der inzwischen fortgeschrittenen und verfestigten Auslegung dem Gehalt der Staatshaftung gerecht werden [8].

Die herrschende Auffassung mag sich mit gewissem Recht auf den Wortlaut des Art. 34 GG berufen. Dieser gibt zwar nicht zwingend Aufschluß über die Frage; es liegt jedoch nahe, unter "Ausübung eines öffentlichen Amtes" eine Tätigkeit zu verstehen, die sich durch den Einsatz hoheitlicher Befugnisse auszeichnet.

Im übrigen ist zu beachten, daß eine Erweiterung des Art. 34 GG auf nichthoheitliche Tätigkeit die Position des

Geschädigten nicht verbessern würde. Die Haftung des Fiskus ist bereits abschließend im BGB geregelt. Ausdrücklich normiert ist die Haftung für Beamte, die dem Vorstand oder den verfassungsmäßig berufenen Vertretern eines Vereins entsprechen, in den §§ 89, 31 BGB. Im übrigen bestimmt sich die außervertragliche Haftung des Fiskus für seine Beamten nach § 831 BGB. § 89 BGB würde gegenstandslos, wendete man Art. 34 GG auch auf den Fiskus an. Für den Geschädigten wäre die Haftung des Art. 34 GG an Stelle der Haftung nach §§ 89, 31 BGB nicht von Vorteil,da er nunmehr die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs.1 Satz 2 BGB gegen sich gelten lassen müßte. Ein weiterer Nachteil würde in einem Sonderfall eintreten: Zu Lasten eines Ausländers, der privatrechtlich mit dem Staat verkehrt, würde möglicherweise § 7 RBHaftungsG zur Anwendung kommen und damit - gegenüber der Haftung des Fiskus nach § 89 BGB - die Staatshaftung überhaupt ausschließen [9]. Insoweit würde also die Haftung nach Art. 34 GG eine dem Geschädigten günstigere Haftung verdrängen. Das widerspricht dem Grundgedanken des Art. 34 GG.

IV. Die Verknüpfung von Beamten- und Staatshaftung.

§ 8 Nur bei hoheitlicher Tätigkeit haftet also der Staat nach Art. 34 GG für die Amtspflichtverletzungen desjenigen, der in Ausübung des ihm anvertrauten öffentlichen Amtes gehandelt hat. Der Beamtenbegriff dieser Verfassungsnorm ist nach eindeutigem gesetzlichem Gebot von der Funktion des Amtsträgers her zu bestimmen: Er umfaßt Beamte im dienstrechtlichen Sinne, Angestellte, Arbeiter, aber auch sonstige Personen, die in keinerlei Dienstverhältnis zum Staate stehen, wenn ihnen nur hoheitliche Funktionen übertragen wurden [1].

Indessen ordnet Art. 34 GG lediglich an, daß der Staat dem Verletzten gegenüber an die Stelle des Verletzers tritt. Das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale des § 839 BGB ist Voraussetzung der Haftung nach Art. 34 GG. Nur wenn und soweit der Beamte selbst haften würde, greift an dessen Stelle die Haftung des Staates ein [2].

Diese Eigentümlichkeit der Staatshaftung ist allerdings dem Wortlaut des Art. 34 GG nicht ohne weiteres zu entnehmen. Es fehlt ein Verweis auf § 839 BGB; die Vorschrift enthält nicht einmal einen unmittelbaren Hinweis auf ihren Deliktscharakter. Gelegentlich ist daher die Ansicht vertreten worden, Art. 34 GG sei eine selbständige Haftungsnorm. J e l l i n e k [3] will der grundsätzlichen Entscheidung des Bundesgerichtshofes zum Verhältnis von Aufopferungsanspruch und Staatshaftung [4] einen Ansatzpunkt für eine Entwicklung in dieser Richtung entnehmen, nämlich "daß sich die Amtshaftung selbständig gemacht hat und nicht mehr an das BGB angeseilt ist". S c h e u n e r [5] glaubt ebenfalls die Entwicklung einer "objektiven Haftungsgrundlage" zu erkennen, die "vielleicht - gestützt auf Art. 34 GG - die Verschuldenshaftung ablöst und ergänzt". Zuletzt hat sich B e t t e r m a n n [6] gleichfalls für eine Verselbständigung der Staatshaftung ausgesprochen. Bettermann sieht in der Staatshaftung eine Form der Verbandshaftung und führt dies auf den Gedanken zurück, daß es der Staat selbst sei, der durch seine Beamten Schäden zufüge, und daher auch der Staat - und zwar nur dieser - für begangenes Unrecht einzustehen habe [7].

Dieser Gedanke Bettermanns kennzeichnet einen tiefgehenden Wandel in der Auffassung vom Staat und von der Entschädigung für staatliches Unrecht. Die Zeit, in der die Grundlagen des Beamten- und Staatshaftungsrechts gelegt wurden, war von den entgegengesetzten Vorstellungen beherrscht. Diese Vorstellungen wirken bis in das heute geltende Recht fort. Den modernen Ansichten Jellineks, Scheuners und Bettermanns könnte nur eine Revision des Staatshaftungsrechts gesetzliche Geltung verschaffen.

Ausgangspunkt der Entwicklung des Staatshaftungsrechts zu seiner heutigen Form ist die persönliche Verantwortlichkeit des Beamten, wie sie gesetzlich im § 839 BGB geregelt wurde. Die persönliche Inanspruchnahme des Beamten beruht auf Rechtsvorstellungen, die aus dem vorangegangenen Jahrhundert überkommen sind. So wurde im 19.Jahrhundert die Ansicht vertreten, unrechtmäßige Handlungen des Beamten

insbesondere Kompetenzüberschreitungen könnten nicht dem Staat zugerechnet werden. Diese Lehre von der Unfehlbarkeit des Staates mußte die Folgen unrechtmäßiger Handlungen zwangsläufig dem Beamten allein auferlegen [8].

Otto M a y e r nennt für die Eigenverantwortlichkeit des Beamten folgenden Grund [9]: Die Verfasser des BGB standen noch stark unter dem Eindruck der sogenannten Fiskustheorie, nach der der Staat als Hoheitsträger vermögenslos war und daher nicht haftbar gemacht werden konnte [10]. Unter Fiskus verstand diese Lehre demgegenüber den Staat als Erwerbsgesellschaft oder als Inbegriff des Staatsvermögens überhaupt. Die Haftung des Fiskus als eines Vermögensträgers konnte daher angeordnet werden, wie dies in den §§ 89, 31 BGB geschehen ist. Die Haftung des Staates als Hoheitsträger entfiel dagegen. Daher blieb lediglich die Möglichkeit, insoweit die persönliche Haftung der Beamten anzuordnen [11].

Das BGB hat sich die Fiskustheorie nicht zu eigen gemacht. Vielmehr hat es im Art. 77 EGBGB den Boden für die spätere Landesgesetzgebung zur Staatshaftung bereitet. Die Motive[12] und die Protokolle der Beratung im Plenum des Reichstages[13] lassen jedoch erkennen, welch außerordentliche Bedenken man noch von Seiten der Rechtslehre und der Reichsregierung gegen eine Einführung der Staatshaftung hegte. Trotz heftigen Widerstandes der Opposition [14] blieb es daher zunächst bei der vorgeschlagenen persönlichen Haftung des Beamten. Diese Norm war dann die Grundlage der Staatshaftungsgesetze der Länder, die - gestützt auf Art. 77 EGBGB - zum Teil mit dem BGB in Kraft traten [15], zum Teil erst nach geraumer Zeit erlassen wurden [16]. Art. 131 WRV und Art. 34 GG setzten diese Entwicklung konsequent fort.

Die historisch begründete Verknüpfung der Staatshaftung mit der persönlichen Verantwortlichkeit des Beamten ist auch heute nicht lösbar. Art. 34 GG spricht von der "Verantwortlichkeit", ohne daß diese Vorschrift selbst einen Maßstab gibt, nach dem der Umfang dieser Verantwortlichkeit zu bestimmen wäre. Er ergibt sich aus § 839 BGB. Es ist daher unumgänglich, auf § 839 BGB zurückzugreifen. Dort ist

der Ausgangspunkt der Beamten- und Staatshaftung; die Staatshaftung ist ihrer historischen Entwicklung nach nur eine Ergänzung der Beamtenhaftung.

Dieses Ergebnis wird durch folgende Überlegung bestätigt: Wollte man Art. 34 GG den Charakter einer selbständigen Haftungsnorm zusprechen, so bliebe die Haftung des Beamten nach § 839 BGB neben der Staatshaftung bestehen; die Bedeutung des Art. 34 GG für § 839 BGB bliebe darauf beschränkt, eine anderweitige Ersatzmöglichkeit für die Fälle fahrlässiger Amtspflichtverletzung zu schaffen. Bei vorsätzlichen Amtspflichtverletzungen müßten dagegen Staatshaftung und Beamtenhaftung nebeneinander bestehen bleiben, wollte man die Haftung aus § 839 BGB nicht durch Art. 34 GG als übernommen ansehen. Art. 34 Satz 2 GG gebietet die Auslegung in diesem letzteren Sinne. Dieser Satz besagt, daß die Staatshaftung mehr sein muß als eine anderweitige Ersatzmöglichkeit im Sinne des § 839 Abs.1 Satz 2 BGB. Sie soll dem Verletzten in allen Fällen den unmittelbaren Zugriff auf den Beamten verwehren [17].

Dies ist auch stets die Ansicht des Bundesgerichtshofes gewesen. Schon in seiner Entscheidung zum Verhältnis von Aufopferungsanspruch und Staatshaftung, der Jellinek den Gedanken einer Verselbständigung der Staatshaftung entnehmen will, hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich betont, der Umfang der in Art. 131 WRV und Art. 34 GG verankerten Staatshaftung sei § 839 BGB zu entnehmen [18]. Diese Stellungnahme hat der Große Senat in seinem Beschluß vom 19.12.1960 wiederholt [18a].

Der Grundsatz, daß bei hoheitlicher Tätigkeit die gemäß § 839 BGB begründete Haftung des Beamten nach Art. 34 GG auf den Staat oder eine sonstige Körperschaft übergeht, erfährt allerdings einige Ausnahmen. Die Staatshaftung greift für Gebührenbeamte, Notare und möglicherweise für Beamte, die mit Angelegenheiten des auswärtigen Dienstes befaßt sind, nicht ein. In diesen Fällen gilt Sonderrecht [19]. Gemäß § 7 RBeamtenHaftungsG tritt die Haftung des Staates für Schäden aus Amtspflichtverletzungen gegenüber einem Ausländer nur dann ein, wenn die Gegenseitigkeit mit dem Land

des Geschädigten verbürgt ist [20]. § 6 des PostG und § 29 der TelegrafenO bestimmen, daß in einigen Fällen die Haftung der Post ausgeschlossen ist [21]. In diesen Fällen kann es daher trotz hoheitlichen Handelns bei der Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB bleiben.

Besondere Grundsätze hat die Rechtsprechung für die Fälle entwickelt, in denen die Ersatzansprüche gegen das Deutsche Reich infolge der Entwicklung der staatsrechtlichen und politischen Verhältnisse nicht zu verwirklichen sind. Das Landgericht Göttingen hatte am 24.4.1947 entschieden [22], daß in Fällen, in denen nach Art. 131 WRV Schadensersatzansprüche nur gegen das Deutsche Reich hätten erhoben werden können, der Beamte dem Geschädigten nur insoweit hafte, als das Reich ihm gegenüber Regreßansprüche habe. Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 12.7.1951[23] haftet in diesen Fällen nur der Beamte persönlich, der die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht vorsätzlich in objektiv sittenwidriger Weise verletzt hat.

Die genannten Ausnahmen sind bedeutsam für den Beamtenbegriff Kleinhoffs[24]. Eben weil in diesen Fällen trotz hoheitlichen Handelns die Eigenhaftung des Beamten nach § 839 BGB bestehen bleibt, soll insoweit für § 839 BGB der nach der Übertragung hoheitlicher Funktionen umschriebene Beamtenbegriff gelten.

Die Verknüpfung zwischen Beamten- und Staatshaftung wird durch diese Ausnahmeregelungen jedoch nicht berührt; sie ist ein Teil des Systems dieser Haftung, das allen weiteren Erörterungen zum Beamtenbegriff des § 839 BGB zugrundegelegt werden muß.

## 3. K a p i t e l

## Der dienstrechtliche Beamtenbegriff im Beamtenhaftungsrecht.

### I. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff und das System der Beamten- und Staatshaftung.

§ 9 Die Untersuchungen des vorangegangenen Kapitels haben die Annahme bestätigt, daß die einleitend aufgezeigt Problematik des Beamtenhaftungsrechts nur durch eine sinnvolle

Bestimmung des Beamtenbegriffs gelöst werden kann. Das System der Beamten- und Staatshaftung , soweit es nicht durch den Beamtenbegriff bedingt ist, liegt fest. Hier könnte nur eine Reform des Gesetzgebers grundlegend neue Verhältnisse schaffen. Nirgends ist dagegen im Gesetz vorgeschrieben, daß der Beamtenbegriff des § 839 BGB der des öffentlichen Dienstrechts sein muß. Soweit § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 GG zur Anwendung kommt, wird das auch von niemandem behauptet. Soweit § 839 BGB allein gilt und ein Schaden in Verrichtung hoheitlicher Funktionen verursacht wurde - in all den Fällen also, in denen trotz hoheitlicher Tätigkeit die Haftung allein den Beamtentrifft - will die herrschende Lehre den Beamtenbegriff dem öffentlichen Dienstrecht entleihen [1]. Kleinhoff, dessen Untersuchungsergebnis insoweit übernommen werden kann, hat nachgewiesen, daß der dienstrechtliche Beamtenbegriff bei hoheitlicher Tätigkeit unandwendbar ist. Er nennt einige Fälle, in denen die Auffassung der herrschenden Lehre zu widerspruchsvollen Ergebnissen führt [2]: Ein Grundbuchbeamter richtet durch eine unrichtige Eintrgung schuldhafterweise einen Vermögensschaden an; geschädigt ist ein Ausländer, demgegenüber die Staatshaftung nach § 7 RBeamtenHaftungsG nicht eintritt. Für diesen Geschädigten ist es von wesentlicher Bedeutung, ob der Schädigende im Angestellten- oder Beamtenverhältnis steht. Nur der Beamte ist dem Ausländer zum Ersatz verpflichtet, während der Angestellte, der nach gewöhnlichen Vorschriften des Deliktsrechts haftet, keinen Ersatz zu leisten hat, da das Vermögen keines der in § 823 BGB geschützten Rechtsgüter ist. Kleinhoff nennt ferner den Fall, daß ein Angestellter grob fahrlässig einen Vermögensschaden verursacht, für den der Staat gemäß Art. 34 GG Ersatz leistet. Nach Art. 34 Satz 2 GG nimmt der Staat nunmehr den Angestellten im Wege des Rückgriffs in Anspruch, ungeachtet des Umstandes, daß dieser aus den bereits genannten Gründen dem Geschädigten persönlich überhaupt nicht verpflichtet gewesen wäre.

Derartige Unverträglichkeiten vermeidet der von Kleinhoff neu formulierte Beamtenbegriff. Kleinhoff hebt hervor, es gehe nicht an, den engen Beamtenbegriff des Dienstrechts auf den Beamtenbegriff des § 839 BGB zu übertragen [3]; denn die formalen Voraussetzungen der Beamteneigenschaft hätten nur Bedeutung für das Innenverhältnis vom Staat zum Beamten [4]. Der Entwicklung der Rechtsprechung zu § 839 BGB entnimmt Kleinhoff den Grundsatz, daß die Berechtigung zur Wahrnehmung hoheitlicher Funktionen die Haftung nach Beamtenmaßstäben auslöst [5]. Dementsprechend bestimmt Kleinhoff den Beamtenbegriff nach funktionellen Gesichtspunkten, soweit hoheitliche Funktionen ausgeübt werden [6].

Dieser Beamtenbegriff hat weitgehend Ähnlichkeit mit dem dienstrechtlichen Beamtenbegriff um 1900, also dem damals für § 839 BGB gültigen Beamtenbegriff. Da man jedoch damals unter "hoheitlichen Funktionen" speziell obrigkeitliche Befugnisse und nicht die Berechtigung zur Vornahme von Akten der sogenannten schlichten Hoheitsverwaltung verstand, ist die Übereinstimmung nicht vollkommen [7].

Man hat Kleinhoff entgegengehalten, die von ihm vorgeschlagene ausdehnende Auslegung des Beamtenbegriffs sei mit § 839 BGB unvereinbar, da dort eben von einem "Beamten" die Rede sei [8]. Diese Kritik übersieht, daß die Rechtsprechung sich schon einmal, nämlich bei Auslegung des Art. 131 WRV, nicht gescheut hat, den Begriff "Beamter" unabhängig von den beamtenrechtlichen Vorschriften zu bestimmen [9]. Diese Rechtsprechung ist stets ausnahmslos befürwortet worden [10].

Kleinhoffs Lehre hat die ausdrückliche Zustimmung Essers gefunden [11]. Dieser erklärt es für eine durch nichts gerechtfertigte Inkonsequenz, daß die Ausweitung der Staatshaftung auf die Amtspflichtverletzungen aller Amtsträger keinen Einfluß auf die Art der persönlichen Haftung der Amtsträger haben soll. Esser hat das Problem damit auf seinen Kern zurückgeführt. Was er der herrschenden Lehre vorwirft, ist nicht mehr als ein Mangel an systematischer

Exaktheit. Dem Vorschlag Kleinhoffs, den Beamtenbegriff des § 839 BGB nach funktionellen Gesichtspunkten zu bestimmen, soweit hoheitliche Tätigkeit in Frage steht, zu folgen, ist schon aus systematischen Gründen geboten.

Im vorangegangenen Kapitel ist die Verknüpfung zwischen § 839 BGB und Art. 34 GG dargestellt. Beide Normen bedingen einander in der Weise, daß stets die Haftung des Einzelnen nach § 839 BGB gegeben sein muß, will man die Haftung des Staates nach Art. 34 GG in Anspruch nehmen. Nur die Haftung nach § 839 BGB bietet den Ausgangspunkt für die Staatshaftung [12]. Es ist nicht so, daß unterschiedliche Haftungstatbestände für das Eingreifen der Staatshaftung herangezogen werden können, etwa für die Beamten im dienstrechtlichen Sinne § 839 BGB, für die übrigen Staatsbediensteten §§ 823 ff. BGB. Dies lehrt nicht nur die Entwicklungsgeschichte der Beamten- und Staatshaftung, mehr noch ergibt es sich aus der nahezu wortwörtlichen Bezogenheit beider Normen aufeinander.

Wie soll nun aber die Haftung des Staates nach Art. 34 GG für die Amtspflichtverletzung eines Angestellten nachgewiesen werden, wenn dessen Eigenhaftung nach § 839 BGB geleugnet wird? Die herrschende Auffassung, die am dienstrechtlichen Beamtenbegriff festhält, gibt dem Wort "Beamter" im § 839 BGB einen unterschiedlichen Sinn, je nachdem, ob die Haftung auf den Staat übergeht oder nicht [13]. Dieser Rückschluß aus den durch Art. 34 GG ausgelösten Rechtsfolgen auf die Wortinterpretation im § 839 BGB ist mit den gültigen Auslegungsregeln nicht vereinbar.

Die Theorie vom dienstrechtlichen Beamtenbegriff des § 839 BGB wird der "tatbestandlichen Verzahnung" [14] von Beamten und Staatshaftung nicht gerecht, indem sie sich für zwei Normen, die in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, zweier unterschiedlicher Begriffe bedient, von denen keiner die notwendige Entsprechung des anderen ist. Das Kennzeichnende des einen Begriffs - die Rechtsform, in der die Tätigkeit ausgeübt wird, - ist für den anderen ohne Belang; denn die dienstrechtliche Beamteneigenschaft ist allein an den Begründungsakt des

Anstellungsverhältnisses gebunden. Nicht anders ist es umgekehrt; der Rechtscharakter des Dienstverhältnisses hat für den funktionellen Beamtenbegriff keinerlei Bedeutung. Der Oberbegriff - Beamtenbegriff des § 839 BGB = Beamtenbegriff des Dienstrechts - deckt sich nicht mit dem Unterbegriff - Beamtenbegriff des Art. 34 GG -.

Der dienstrechtliche Beamtenbegriff - wie ihn der Gesetzgeber 1933 geschaffen hat - ist allein den Erfordernissen des Beamtenrechts angepaßt. Darin unterscheidet er sich von dem Begriff, der bis dahin für Haftungsrecht und Dienstrecht gemeinsam galt. Es wurde dargestellt [15], daß der dienstrechtliche und der haftungsrechtliche Beamtenbegriff ursprünglich - überwiegender Ansicht nach - übereinstimmten. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff, den die Lehre damals auf § 839 BGB übertrug, zeichnete sich durch seine Elastizität in der Richtung aus, daß jeder Träger obrigkeitlicher Gewalt ungeachtet seines ursprünglichen Anstellungsverhältnisses miteinbezogen werden konnte. Gerade hierin lag die Brauchbarkeit des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs a.F. für das Haftungsrecht. Das änderte sich grundsätzlich mit der Schaffung des neuen Beamtenbegriffs im Dienstrecht. Geht man den Gründen nach, die den Gesetzgeber veranlaßt haben, 1933 einen formal bestimmten Beamtenbegriff zu schaffen, so erweist sich, daß diese außerhalb jeder Beziehung zum Haftungsrecht lagen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte - wie bereits dargestellt [16] - in zunehmendem Maße die Tendenz, den Begriff nach der Übertragung hoheitlicher Befugnisse, also nach der Funktion des Bediensteten zu bestimmen. Die Kritik an dieser Rechtsprechung wies vor allem darauf hin, daß der Versuch, dem Berufsbeamtentum einen abstrakt bestimmten Funktionsbereich vorzubehalten, sich für die Entwicklung des Berufsbeamtentums als schädlich erweisen würde. Fiskalische Erwägungen und die Sorge um den Bestand des Berufsbeamtentums veranlaßten daher den Gesetzgeber, die bekannte Neuregelung vorzunehmen.

Der Gesetzgeber hat indessen selbst mit aller Deutlichkeit bekanntgegeben, daß diese Regelung ohne Auswirkungen auf

das Beamtenrecht bleiben sollte. § 4 BeamtenrechtsÄndG lautet:

> "Im § 1 Abs.1 des Reichsgesetzes über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22.Mai 1910 (RGBl. S. 798) werden die Worte "( § 1 des Reichsbeamtengesetzes )" gestrichen." [17]

Damit war die Trennung von Haftungsrecht und öffentlichem Dienstrecht kraft Gesetzes vollzogen. Unmittelbar betraf dies zwar lediglich die Staatshaftung; für § 839 BGB erübrigte sich jedoch eine entsprechende Vorschrift, da § 839 BGB keine Bezugnahme auf das Beamtenrecht enthielt. Die enge Verknüpfung zwischen Staatshaftung und Beamtenhaftung nach § 839 BGB gebot es jedoch zwingend, übereinstimmende Konsequenzen aus der Neuregelung des öffentlichen Dienstrechts zu ziehen. Dies hätte bedeuten müssen, daß man den dienstrechtlichen Beamtenbegriff neuerer Fassung für § 839 BGB in gleicher Weise für unandwendbar erklärte, wie dies der Gesetzgeber für das RBeamtenHaftungsG und die Rechtsprechung für Art. 131 WRV getan hatte.

## II. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff und die Bedeutung der Strukturveränderungen im öffemtlichen Dienst für das Beamtenhaftungsrecht.

10 Nach den Erwägungen des vorangegangenen Abschnitts kann der dienstrechtliche Beamtenbegriff für § 839 BGB insoweit für unandwendbar erklärt werden, als es um die Haftung nach § 839 BGB für Amtspflichtverletzungen in Ausübung hoheitlicher Befugnisse geht. Für Haftungsfälle aus Amtspflichtverletzungen in Ausübung nichthoheitlicher Tätigkeit haben diese Erwägungen keine Gültigkeit, da hier eine Kollision mit dem Beamtenbegriff des Art. 34 GG ausgeschlossen ist. Einige Autoren, die den Beamtenbegriff der herrschenden Auffassung seiner Systemwidrigkeit wegen ablehnen, haben daher auch keine Bedenken gegen die Verwendung des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs bei nichthoheitlicher Tätigkeit [1]. Kleinhoff führt zur Beamtenhaftung bei fiskalischer Tätigkeit aus:[2]

> "Nichts liegt näher, als hierfür auf die ausdrückliche Ernennung zum Beamten, also auf die staatsrechtliche Beamteneigenschaft zurückzugreifen."

Eine Begründung hierzu findet sich allerdings weder bei

Kleinhoff noch bei den anderen Autoren, die sich dieser Ansicht angeschlossen haben; ja, es ist nicht zu übersehen, daß sich diese Feststellung Kleinhoffs keineswegs widerspruchslos der vorangegangenen Argumentation anschließt. Dort [3] hatte Kleinhoff ausgeführt, die Bestimmungen des Beamtenrechts, die die Beamteneigenschaft an einen Formalakt knüpften, hätten keine Bedeutung für das Außenverhältnis, könnten daher im Haftungsrecht keine Verwendung finden. Es bleibt offen, warum das nur für die Fälle gelten soll, in denen der Beamtenbegriff des § 839 BGB mit dem des Art. 34 GG kollidiert.

Das Problem liegt - wie noch gezeigt werden wird - in der Tat tiefer. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff im Haftungsrecht bleibt auch dann fragwürdig, wenn die Bedenken gegen seine Systemungerechtigkeit ausgeräumt sind. Das läßt sich an Beispielen aus dem Bereich nichthoheitlicher Staatstätigkeit nachweisen. In der Einleitung sind solche Beispiele angeführt [4]. Die Problematik dieser Fälle liegt darin, daß bei gleichem Handlungsverlauf vollständig voneinander abweichende Haftungsfolgen eintreten, je nachdem ob ein Beamter oder ein Angestellter tätig wurde. Die unterschiedlichen Haftungsfolgen beruhen auf zwei Eigentümlichkeiten des § 839 BGB vor dem allgemeinen Deliktsrecht: dem allein für § 839 BGB gültigen Subsidiaritätsprinzip bei fahrlässiger Pflichtverletzung und der Erweiterung der geschützten Rechtsgüter. So wird zum Beispiel - anders als bei § 839 BGB - das Vermögen gegen Schädigungen aus Amtspflichtverletzungen geschützt. Die Haftung nach § 839 BGB geht daher zum Teil über die des § 823 BGB hinaus; andererseits ist die Möglichkeit des Zugriffs auf den Schädiger durch die Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs.1 Satz 2 BGB erheblich eingeschränkt [5]. Die zuletzt genannte Eigentümlichkeit, die von erheblicher praktischer Bedeutung ist, gibt § 839 BGB den Charakter einer priviligierten Haftung.

Diese Besonderheiten des § 839 BGB sollen im Bereich hoheitlicher Tätigkeit gleichermaßen den Beamten und den nichtbeamteten Staatsdienern zugute kommen [6]. Bei nichthoheitlicher Tätigkeit soll dagegen - folgt man der herrschenden

Auffassung - allein der Beamte begünstigt werden. Die Unterscheidung in Beamte und Angestellte bekommt hier ein Gewicht, wie es der Sache selbst - Haftung für schuldhaft verursachte Schäden in Ausübung staatlicher Tätigkeit - unangemessen ist. Die Unterscheidung ist im Haftungsrecht um so fragwürdiger geworden, seitdem die Staatshaftung sie nicht mehr kennt. In Wahrheit sind die Ansichten, die sich zur Geltung des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs für § 839 BGB bei nichthoheitlicher Tätigkeit bekennen, in Anschauungen befangen, die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB, zumindest aber vor Schaffung des rein formal bestimmten Beamtenbegriffs ihre Gültigkeit hatten. Die entscheidenden Einwände gegen die bisherige Begriffsbestimmung ergeben sich aus der Erkenntnis einer grundlegenden Strukturveränderung im öffentlichen Dienst.

Über die Gründe, die den Gesetzgeber des BGB zur Schaffung des § 839 BGB veranlaßten, läßt sich anhand der Motive die erforderliche Klarheit gewinnen [7]. Der Gesetzgeber gedachte den Beamten als den Vollziehern des Staatswillens einen Schutz vor übermäßiger Inanspruchnahme für schuldhafte Pflichtverletzungen zu geben. Dies fand seinen sinnfälligsten Ausdruck in der Subsidiaritätsklausel des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB. Daneben gibt es einige weitere Vorkehrungen des Gesetzgebers gegen eine zu weitgehende Verschuldenshaftung. Zu nennen sind insbesondere die Absätze 2 und 3 des § 839 BGB und der Spezialcharakter der Norm, hinter die jede andere Verschuldenshaftung zurücktritt [8]. Den Gesetzgeber hat hierzu die Erwägung veranlaßt, der Beamte, der ständig genötigt sei, im allgemeinen Interesse zu handeln, könne durch eine zu weitgehende Verschuldenshaftung in seiner Entschlußkraft gehemmt sein [9]. Soweit demgegenüber die Haftung aus § 839 BGB im Vergleich zu den allgemeinen Deliktstatbeständen erweitert wurde - der Kreis der geschützten Rechtsgüter ist nicht beschränkt wie im § 823 BGB - sollte dies den besonderen Schädigungsmöglichkeiten , die mit der Staatstätigkeit verbunden sind, Rechnung tragen [10].

Der Gesetzgeber dachte den Schutz des § 839 BGB dem B e - a m t e n und dem von der Amtsausübung eines B e a m t e n

Betroffenen zu, da der Beamte zu jener Zeit der alleinige Exponent des Staatswillens war. Es gab zwar um die Wende des 19. und 20. Jahrhunderts Personen, deren Dienste der Staat sich auf dem Privatrechtswege versicherte. Dabei handelte es sich im wesentlichen um Verwaltungs-, Kontor- und Büropersonal, d.h. um Leute, die den Beamten Hilfsdienste zu leiten hatten [11]. In der Amtelichen Berliner Korrespondenz vom Juli 1885 [12], die eine Vereinbarung der preußischen Ministerien des Inneren, der Finanzen und des Kultus über Grundsätze bei der Einstellung nichtbeamteter Behördenangestellter veröffentlicht, heißt es:

> "Ein privatrechtliches Verhältnis wird regelmäßig dann vorliegen, wenn es sich um gering gelohnte, lediglich mechanische Dienstleistungen handelt, welche aus sächlichen Fonds vergütet werden."

Den Gegensatz hierzu bildete die "etatmäßige Stelle", die dem Beamtentum vorbehalten war [13].

Die Staatstätigkeit war also zu jener Zeit ausschließlich Sache der Beamten. Den "Angestellten" im heutigen Sinne gab es nicht. Personen, die aufgrund eines Dienstvertrages angestellt waren, hatten nur einen sehr untergeordneten Rang. Da ihre Tätigkeit keine Außenwirkung entfalten konnte, waren Amtspflichtverletzungen dieser Personen nicht denkbar. Der Gesetzgeber konnte daher eine Vorschrift, die den Ersatz für Schädigungen aus Amtspflichtverletzungen regeln sollte, nur auf den Beamten abstellen.

Die Entwicklung lief auf eine zunehmende Durchsetzung des öffentlichen Dienstes mit nichtbeamteten, durch Privatvertrag angestellte Personen hinaus [14]. Der Angestellte fand als solcher erstmals im "Versicherungsgesetz für Angestellte" vom 20.11.1911 [15] gesetzliche Anerkennung. Beschleunigt wurde die Entwicklung des Angestelltentums durch die Ereignisse in und nach dem ersten Weltkrieg. Zunächst als Notmaßnahme fanden Angestellte in großer Zahl Eingang in den öffentlichen Dienst. Aus ursprünglich vorübergehender, aushilfsweiser Beschäftigung von Angestellten wurden mit der Zeit Dauerstellen, die der Art der Tätigkeit nach nicht mehr von Beamtenstellen zu unterscheiden waren. Vor allem die

Gemeinden bedienten sich aus finanziellen Gründen mehr und mehr mittels Privatdienstvertrages angestellter Bediensteter [16].

Die Differenzierung von Beamten und Angestellten unter dem Gesichtspunkt der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben geriet erstmals in Fortfall, als der Staat nach dem ersten Weltkrieg genötigt war, Versorgungsanwärter aus der Polizei und dem Heer in der Zivilverwaltung unterzubringen. Hier wurden Beamtenstellen für Personen geschaffen, deren Tätigkeit sich weder durch besondere Schwierigkeiten in der Arbeitsausführung noch durch Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse auszeichnete. Aber auch umgekehrt wurden ursprünglich ausschließlich den Beamten vorbehaltene Aufgaben mehr und mehr den Angestellten übertragen, sodaß sich aus der Art der Tätigkeit der Staatsbediensteten keine absolut sicheren Schlüsse mehr auf die Beamteneigenschaft ziehen ließen. In den dreißiger Jahren wurde das gesamte Personal der Preußischen Zentralgenossenschaftskasse kurzerhand seiner Beamteneigenschaft enthoben [17]. Diese Entwicklung wurde weiter begünstigt, als der Gesetzgeber der Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der die Beamtenqualität durch Übertragung hoheitsrechtlicher Aufgaben erworben werden sollte, im Jahre 1933 ein Ende setzte. Insbesondere nach dem zweiten Weltkrieg brachte es die Häufung von Verwaltungsaufgaben, die mit den verschiedensten Zweigen der Zwangswirtschaft zusammenhingen, mit sich, daß die staatlichen Stellen fast überall zu ihrer Erledigung Personen heranzogen, die nicht in einem Beamtenverhältnis, sondern in einem Dienstverhältnis des Privatrechts tätig wurden [18]. Die Stadt Berlin ging damals soweit, in der Senatsverwaltung nur noch Angestellte zu beschäftigen [19].

Im Zuge dieser Entwicklung war nach dem zweiten Weltkrieg der Versuch unternommen worden, die Unterscheidung der Berufsgruppen im öffentlichen Dienst in Beamte und Angestellte überhaupt aufzugeben. Das von der Militärregierung erlassene Beamtengesetz für das vereinigte Wirtschaftsgebiet vom 21.2./15.3.1949 kannte an Stelle der früheren Unterscheidungen nur noch Beamte und Arbeiter [20]. Den früheren

Angestellten sollten - von gewissen Modalitäten, insbesondere der Kündigungsmöglichkeit, abgesehen - nahezu alle Rechten und Pflichten des Beamtentums übertragen werden.

Der Bundesgesetzgeber, der nach Art. 33 Abs. 5 GG gehalten war, die Rechtsverhältnisse der im Dienste des Bundes und der bundesunmittelbaren Körperschaften öffentlichen Rechts beschäftigten Personen "unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums" zu regeln, hat demgemäß die überkommene Unterscheidung zwischen Beamte und Angestellte beibehalten. Die Verfasser des Grundgesetzes sind noch einen Schritt weitergegangen und haben sich bemüht, die insbesondere in der Nachkriegszeit außerordentlich verwirrte Zuständigkeit des Beamtentums einerseits und der Angestellten andererseits neu zu ordnen, indem sie in Art. 33 Abs. 4 GG einen Funktionsbehalt für hoheitsrechtliche Befugnisse zugunsten der Beamten geschaffen haben. Trotz dieser Vorschrift wird auch heute vielfach wieder die Ansicht vertreten, in den öffentlichen Verwaltungen des Staates und der sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts würden Beamte und durch Privatdienstvertrag verbundene Angestellte nebeneinander beschäftigt, ohne daß die Art der ausgeübten Tätigkeit einen überzeugenden Grund für die Unterscheidung der Berufsgruppen gäbe. Es ginge heute nicht mehr an, die Übertragung besonderer Befugnisse oder besondere Schwierigkeiten der Amtsausführung zur Kennzeichnung der Beamtenqualität gegenüber den Nichtbeamten heranzuziehen [21].

K ö t t g e n, der bereits zu Beginn der dreißiger Jahre die Interessen des Berufsbeamtentums entschieden wahrgenommen hatte [22], hat dem widersprochen [23]. Er wie auch H e y l a n d [24] wollen die Berechtigung zur Vornahme von hoheitlichen Befugnissen dem Beamtentum vorbehalten.

Die richtige Ansicht dürfte hier auf der Mitte liegen. Die Unterscheidung in Beamte und Angestellte entspricht deutscher Tradition und mag daher mit guten Gründen aufrechterhalten bleiben. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG hat jedoch im wesentlichen programmatische Bedeutung un d

ist daher großzügig auszulegen.[25] Danach ist die Berechtigung zur Vornahme obrigkeitlicher Funktionen als dauernde Hauptbeschäftigung sicherlich nur solchen Personen zuzuerkennen, die in einem Beamtenverhältnis stehen [26]. Im Bereich nichtobrigkeitlicher Tätigkeit kann dies jedoch nicht uneingeschränkt gelten. Forsthoff hat überzeugend nachgewiesen, daß gerade die Erschließung neuer Aufgaben des Staates auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge die geschilderte Strukturveränderung innerhalb des öffentlichen Dienstes wesentlich beeinflußt hat [27]. Er kommt zu dem Ergebnis, daß wenigstens hier die herkömmliche Unterscheidung des Beamten von dem öffentlichen Angestellten und dem Arbeiter des öffentlichen Dienstes problematisch geworden sei. Ebenso wie es hier dem Staat überlassen ist, sich einmal öffentlich rechtlicher, ein anderes Mal privatrechtlicher Rechtsformen zu bedienen [28], so ist es hier dem Staat anheimgegeben, Beamte oder Angestellte mit der Erfüllung seiner Aufgaben zu betrauen. Die insoweit bereits weit fortgeschrittene Durchsetzung des öffentlichen Dienstes mit Angestellten läßt sich nicht unter Berufung auf Art. 33 Abs.4 GG rückgängig machen. Jedenfalls kann der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG nicht auf die Amtshaftungslehre übertragen werden, da der Zweck dieser programmatischen Vorschrift und die ratio des Beamtenhaftungsrechts gänzlich verschieden sind [29]. Die umfangreiche Rechtsprechung zum Beamtenbegriff des Art. 131 WRV beweist die Richtigkeit dieses Satzes. Erst die Strukturveränderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes machten es erforderlich, einen gesonderten Beamtenbegriff für die Staatshaftung zu schaffen. Die Rechtsprechung gewann ja gerade diese Bedeutung, weil der öffentliche Dienst in zunehmendem Maße von Angestellten durchsetzt wurde und zunehmend hoheitliche Aufgaben von Angestellten wahrgenommen wurden.

Noch fragwürdiger ist daher die Beibehaltung des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs für die Haftung aus einem Tätigkeitsbereich, der dem Angestellten bei weitem zugänglicher ist,nämlich dem Bereich privatrechtlicher Betätigung.
Die Erkenntnisse über die Strukturveränderungen innerhalb

des öffentlichen Dienstes machen klar, daß die Vertreter der herrschenden Lehre sich nur scheinbar auf den Willen des Gesetzgebers berufen können, wenn sie sich darauf stützen, daß dieser im § 839 BGB vom "Beamten" nicht aber von Angestellten gesprochen hat. Der Gesetzgeber hatte den Schutz des Staatsdieners als dem Vollstrecker des Staatswillens im Auge. Nur der Beamte kam damals hierfür in Betracht. Weder die Motive noch die frühen Kommentierungen zum BGB lassen erkennen, daß die Privilegierung einer besonders gearteten Berufsgruppe um ihrer selbst willen das erklärte Ziel bei Schaffung des § 839 BGB gewesen ist. Nachdem sich die Verhältnisse im öffentlichen Dienst nunmehr jedoch grundsätzlich geändert haben, muß § 839 BGB diesen Sinn bekommen, will man ihn nur auf Beamte im engen Sinn des Dienstrechts beschränken.

Die Beamteneigenschaft in diesem Sinne ist heute weitgehend eine Frage der innerdienstlichen Organisation. Das hatte man in der Lehre und Rechtsprechung schon zur Zeit der Geltung des Art. 131 WRV erkannt [30], und daraus für die Staatshaftung die richtigen Schlüsse gezogen.

Wenn die Lehre für den Bereich nichthoheitlicher Tätigkeit diese Schlüsse bisher nicht gezogen hat, so mag das daran liegen, daß die Haftung des Beamten für Schädigungen bei nichthoheitlicher Tätigkeit im Vergleich zur Staatshaftung von untergeordneter Bedeutung ist. Die Ausführungen dieses Kapitels sollten aber deutlich gemacht haben, daß der Beamtenbegriff des öffentlichen Dienstrechts seiner Eigenart nach, aus systematischen Gründen und aus der Erkenntnis einer grundlegenden Veränderung des öffentlichen Dienstes seit 1900 für das Haftungsrecht unbrauchbar ist.

## 4. Kapitel

### Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff des § 839 BGB.

### I. Die Methode der Begriffsbestimmung.

§ 11 Bei einem Versuch zur Neuformulierung des Beamtenbegriffs ist auf die Erkenntnisse Kleinhoffs aufzubauen. In Übereinstimmung mit der im vorangegangenen Kapitel entwickelten An-

sicht macht sich die Theorie Kleinhoffs - allerdings nur für einen Teilbereich - von den Vorschriften des öffentlichen Dienstrechts frei. Für diesen Teilbereich - die Ausübung hoheitlicher Gewalt - übernimmt Kleinhoff für § 839 BGB den Beamtenbegriff des Art. 34 GG. Damit vermeidet er die Systemwidrigkeit, die die herrschende Lehre so besonders belastet.

Da Art. 34 GG keine selbständige Haftungsnorm ist, sondern lediglich eine Bestimmung, die besagt, unter welchen Voraussetzungen der Staat anstelle des Beamten haftet, ist die Erweiterung im Sinne der Kleinhoffschen Begriffsbestimmung zwingend. Das Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander gebietet, daß der Beamtenbegriff des Art. 34 GG und der des § 839 BGB übereinstimmen müssen, soweit die Bedeutung des Art. 34 GG für § 839 BGB reicht. Der Begriff Kleinhoffs wird auch den Gegebenheiten im öffentlichen Dienst gerecht, da er Beamte, Angestellte und Arbeiter, die eine gleichartige Tätigkeit verrichten, gleichen Haftungsfolgen aussetzt. Mit gewissem Recht kann sich Kleinhoff schließlich auf die Vorstellungen des Gesetzgebers des BGB und der Rechtsprechung und Lehre bis 1933 berufen, für die der hoheitlich tätige Amtsträger und der Beamte ein- und dasselbe waren.

Insoweit kann also der Beamtenbegriff des § 839 BGB als geklärt betrachtet werden [1]. Bei der Neuformulierung des Beamtenbegriffs des § 839 BGB wird demnach zu beachten sein, daß er alle Personen umfassen muß, die in Ausübung der ihnen vom Staat anvertrauten hoheitlichen Funktionen tätig werden.

Weiter kann Kleinhoff aus den bereits im vorangegangenen Kapitel genannten Gründen nicht gefolgt werden. Der dienstrechtliche Beamtenbegriff, den Kleinhoff bei nichthoheitlicher Tätigkeit angewandt wissen will, bietet weder der Rechtsentwicklung noch seiner Art nach irgendeine Handhabe zur Verwendung im Haftungsrecht.

Es versteht sich von selbst, daß der Beamtenbegriff des Art. 34 GG hier ebenfalls versagt; denn dieser Begriff stellt es ja gerade auf die hoheitliche Tätigkeit ab, kann demnach bei nichthoheitlicher Tätigkeit keine Verwendung finden.

Sucht man nach geeigneten Kriterien zur Bestimmung der Person, die im Sinne des § 839 BGB als Beamter anzusehen ist, so ist es dienlich, sich das Schema der bisherigen Bestimmungsversuche zu vergegenwärtigen. Bei der Auseinandersetzung um den alten dienstrechtlichen Beamtenbegriff wie auch bei der Auseinandersetzung um den Beamtenbegriff im Haftungsrecht griff man einmal zur Position, andererseits zur Funktion des Staatsbediensteten, um hieran seine Bestimmungsversuche zu orientieren. Im Beamtenrecht erwies sich eine Bestimmung nach der Funktion als unbrauchbar. Als die Rechtsprechung diesem Merkmal immer entscheidendere Bedeutung zugemessen hatte, ergriff der Gesetzgeber die Initiative und schuf einen Beamtenbegriff, der es ausschließlich auf die verliehene Position abstellt. Im Haftungsrecht lief die Entwicklung genau entgegengesetzt. Bereits zu Beginn des Jahrhunderts hatten sich einige Autoren - bei Anerkennung eines grundsätzlich dienstrechtlichen Beamtenbegriffs - für die Beachtung ganz allgemein gehaltener Funktionen, nämlich einer dem Allgemeinwohl dienenden Tätigkeit, ausgesprochen [2]. 1911 forderte E c k s t e i n [3] einen ausschließlich funktionellen Beamtenbegriff. Nach der Festlegung des dienstrechtlichen Beamtenbegriffs wurde der funktionelle Beamtenbegriff für die Staatshaftung Wirklichkeit. Diesem trug der Verfassungsgeber Rechnung, indem er den nach der Ausübung hoheitlicher Befugnisse bestimmten Beamtenbegriff gesetzlich im Art. 34 GG bestätigte. Kleinhoff überträgt sodann den funktionellen Beamtenbegriff auf ein Teilgebiet des § 839 BGB. Der nach der Position des Staatsbediensteten bestimmte Beamtenbegriff ist damit allein für die Haftung nach § 839 BGB bei nichthoheitlicher Tätigkeit verbindlich geblieben. Die Kritiker der herrschenden Auffassung [4] haben sich bisher darauf beschränkt, die Problematik zu kennzeichnen, ohne bereits einen Lösungsweg zu zeigen. Wenn Gützkow [5] verlangt, der Beamtenbegriff müsse auch für den fiskalischen Bereich weitergefaßt werden, so ist damit nicht gesagt, wie der Beamtenbegriff bestimmt werden soll. Es wurde bereits dargelegt, daß Bettermanns Vorschlag nicht für den fiskalischen Bereich gedacht ist [6].

Der Beamtenbegriff kann nur in einer der beiden Richtungen, in denen bisher die Auseinandersetzung stattfand, gefunden werden: Er ist entweder nach der Position oder nach der Funktion des Staatsbediensteten zu bestimmen.

Die eine Möglichkeit legt es nahe, allen Angehörigen des öffentlichen Dienstes [7] schlechthin die Beamteneigenschaft im Sinne des § 839 BGB zuzuerkennen, nachdem sich die Beschränkung auf Beamte im Sinne des Dienstrechts als untauglich erwiesen hat. Bei einer Bestimmung nach der Funktion scheint es entsprechend dem Beamtenbegriff bei hoheitlicher Tätigkeit angebracht, zusätzlich allen Personen die Beamteneigenschaft im Sinne des § 839 BGB zuzuerkennen, die eine fiskalische Tätigkeit ausüben. Beide Begriffe wären ihrem bestimmenden Kriterium nach allumfassend: Nach dem einen Begriff würde nunmehr jeder staatliche Bedienstete, gleichgültig ob er hoheitlich oder fiskalisch tätig wurde, nach § 839 BGB haften. Der zweite Begriff ginge noch darüber hinaus, da dann jeder, der in irgendeiner Weise für den Staat tätig ist, der Haftung nach § 839 BGB unterfiele, gleichgültig, ob ein Anstellungsverhältnis zum Staat vorliegt oder nicht. Beiden Begriffen sind erhebliche Bedenken - insbesondere rechtspolitischer Art - entgegenzuhalten.

Der Bundesgerichtshof betont in seiner grundsätzlichen Entscheidung zum Verhältnis von Staatshaftung und Aufopferungsanspruch, der Hilfscharakter der deliktischen Haftung des Beamten sei ein Fremdkörper im Aufbau des allgemeinen Deliktsrechts [8]. In der Tat bietet die Subsidiaritätsklausel dem Schädiger, der nach § 839 BGB in Anspruch genommen wird, ein Privileg, das in der Privatrechtsordnung seinesgleichen nicht findet: Der schuldige Beamte wird zu Lasten - nicht etwa der Allgemeinheit - sondern einzelner Dritter auf einmalige Weise bevorzugt [9]. Der Bundesgerichtshof spricht daher einer einschränkenden Auslegung das Wort. Diese Tendenz ist nicht neu. Oben [10] ist die Meinung einiger früher Autoren wiedergegeben, die für den Beamtenbegriff des § 839 BGB eine im allgemeinen Interesse liegende Tätigkeit forderten. Otto Mayer [11] verneinte sogar

- entgegen dem Gesetz - die Geltung des § 839 BGB für den Verkehr des Fiskus. Auch die bereits wiedergegebene Ansicht Ecksteins [12] verneint die Geltung des § 839 BGB für fiskalische Tätigkeit. Das Reichsgericht hat stets dann eine einschränkende Auslegung befürwortet, wenn fiskalische Tätigkeit in Frage stand. So hat es zum Beispiel ständig betont, der Grundsatz, jede Verwirklichung des Tatbestandes einer unerlaubten Handlung sei schlechthin eine Amtspflichtverletzung, gelte nicht für die Haftung aus Schädigungen bei fiskalischer Tätigkeit [13]. Diese Rechtsprechung, der sich der Bundesgerichtshof angeschlossen hat [14], muß unverständlich bleiben, wenn man in ihr nicht eine Ausprägung jener rechtspolitischen Erwägung sieht.

Schließlich dürfte die hier kritisierte Einschränkung des Beamtenbegriffs auf Beamte im Sinne des Dienstrechts nicht zuletzt auch auf der Erwägung beruhen, daß der Geltungsbereich des § 839 BGB zumindest im fiskalischen Bereich einzuschränken sei. Esser [15] berichtet von einem "Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung und Ergänzung haftpflichtrechtlicher Vorschriften" mit dem Vorschlag, die haftungsrechtliche Sonderregelung für fiskalische Tätigkeit vollkommen zu beseitigen. § 839 BGB soll im fiskalischen Bereich nicht mehr anwendbar sein,

Es ist also allenthalben ein Unbehagen festzustellen, § 839 BGB im Rechtsverkehr des Fiskus die gleiche Bedeutung einzuräumen, wie sie ihm bei hoheitlicher Tätigkeit zukommt. Das kann nur als Ausdruck einer allgemeinen Anschauung gewertet werden, nach der die Beteiligung des Fiskus am Privatrechtsverkehr schlechthin noch keinen hinlänglichen Grund abgibt, dem Vertreter des Fiskus das durch § 839 BGB angeordnete Sonderhaftungsrecht zuzubilligen. In dieser ganz allgemeinen Form wäre das Privileg des § 839 BGB eine Belastung im Privatrechtsverkehr. Es wird daher zu beachten sein, daß die Sonderbehandlung des Beamten einen Sonderfall staatlicher Tätigkeit - auch wo der Beamte für den Fiskus auftritt - voraussetzt, um so der Subsidiaritätsklausel den Charakter eines "Fremdkörpers im Deliktsrecht" zu nehmen und ihr einen sinnvollen Platz in der Privat-

rechtsordnung zuzuweisen. Die beiden oben angestellten Versuche einer Begriffsbestimmung laufen diesen Anforderungen zuwider. Sie sind - jeder für sich - zu umfassend, als daß sie sinnvoll Verwendung finden könnten.

Aus dem Tatbestandsmerkmal der Amtspflicht lassen sich derartige Einschränkungen nicht mehr mit der wünschenswerten Klarheit herleiten. Dieser Begriff hat sich im Laufe der Entwicklung als sehr dehnbar erwiesen. Otto Mayer konnte darin noch ein Tatbestands-erfordernis sehen, das einen eindeutig umrissenen Geltungsbereich des § 839 BGB festlegte.[16] Dieser Begriff ist jedoch seitdem so ausgeweitet worden, daß sich bereits eine Spruchpraxis abzeichnet, die dem Beamten ganz allgemein als Amtspflicht auferlegt, von seinen Befugnissen einen angemessenen Gebrauch zu machen [17]; damit ist es ausgeschlossen, dem Tatbestandserfordernis der Amtspflicht die Aufgabe zuzuweisen, einer uferlosen Ausdehnung des § 839 BGB entgegenzuwirken.

Es muß daher das Ziel der Bestimmung des Beamtenbegriffs sein, durch den Begriff selbst den gebotenen Einschränkungen Ausdruck zu geben. Es ist zu prüfen, ob sich aus der Position oder der Funktion aller Amtsträger Einschränkungen herleiten lassen, die den dargestellten Anforderungen genügen.

Der Beamtenbegriff herrschender Auffassung ist ein eingeschränkter, nach der Position bestimmter Begriff. Die von der herrschenden Lehre gewählte Beschränkung auf Beamte im dienstrechtlichen Sinne erwies sich als unbrauchbar. Es bleibt daher die Möglichkeit, die Grenze an anderer Stelle zu ziehen. Jeder Versuch jedoch, auf diese Weise eine befriedigendere Lösung zu finden, muß scheitern; denn es ist unmöglich, unter dem Kriterium der Art der Anstellung eine Gruppe staatlicher Bediensteter zusammenzufassen,die geeignet erscheint, haftungsrechtlich vor den übrigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes bevorzugt zu werden. In jedem Fall müßten die gleichen Bedenken geltend gemacht werden, die gegenüber der Beschränkung auf Beamte im beamtenrechtlichen Sinne erhoben wurden. Die Anstellung selbst - eine Frage des Verhältnisses vom Staat zum Staats-

bediensteten - wird niemals ein überzeugendes Merkmal zur vorgesehenen Verwendung im Haftungsrecht liefern. Die Position des Amtsträgers ist daher als ungeeignetes Kriterium zur Bestimmung des Beamtenbegriffs auszuschalten.

Es bleibt allein der andere Weg, nämlich den Begriff auch für den Bereich fiskalischer Tätigkeit nach der Funktion des Haftpflichtigen zu bestimmen. Damit würde die bisherige Rechtsentwicklung in ihrer Tendenz zur Ausweitung des funktionellen Beamtenbegriffs im Haftungsrecht, die vom Gesetzgeber im Art. 34 GG bestätigt worden ist, vervollständigt werden.

## II. Leistungsverwaltung und Fiskus als unterschiedliche Formen nichthoheitlicher Staatstätigkeit.

§ 12 Im vorangegangenen Abschnitt ist bereits festgestellt, daß der Begriff nicht schlechthin nach der Funktion der Person, der die Wahrnehmung fiskalischer Aufgaben anvertraut ist, definiert werden kann, daß vielmehr nach Einschränkungen zu suchen ist, die dem Charakter der Vorschrift als Sondernorm Rechnung tragen. Es ist also nach Merkmalen zu suchen, die die nichthoheitliche Tätigkeit vor dem übrigen Privatrechtsverkehr auszeichnen. Unter Tätigkeitsmerkmalen kann dabei nicht die Art der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit verstanden werden. Eine begriffliche Unterscheidung ist auf diese Weise nicht möglich, weil die Art der Tätigkeit kein juristisches Unterscheidungsmerkmal ist [1]. Entscheidend können nur solche Merkmale sein, die den Rechtscharakter einer Tätigkeit bestimmen. In diesem Sinne ist der Begriff des Tätigkeitsmerkmals zu verstehen. Ansatzpunkte zu Einschränkungen dieser Art finden sich bereits bei den schon wiederholt genannten Autoren, die für den Beamten des § 839 BGB - gleichgültig auf welchem Bereich seine Tätigkeit liegt - die Wahrnehmung allgemeiner Interessen verlangen [2]. Die Hervorhebung eines solchen Kennzeichens besagt doch wohl - will man den Äußerungen nicht jede Bedeutung für die Begriffsbestimmung absprechen - daß es sich für die Tätigkeit des Beamten nicht von selbst versteht. Es wird noch nachzuweisen sein, daß tatsächlich

Differenzierungen in dieser Richtung möglich sind. Nur ist ihre Kennzeichnung in dieser Form zu allgemein gehalten, als daß damit ein praktisch verwendbares Merkmal zur Umschreibung eines auf besondere Art tätigen Bediensteten gewonnen wäre. Was unter einem "öffentlichen Zweck" verstanden werden kann, ist dunkel und entzieht sich jeder formalen Präzisierung [3]; denn es ist keine Staatstätigkeit denkbar, die nicht letztlich der Verwirklichung des Staatszwecks, d.h. dem Allgemeininteresse dient. Der Staat läßt sich niemals vollkommen von seinem Zweck emanzipieren. Daher kann jedes äußerlich vom Staat noch so entlegene Unternehmen des Staates - etwa der Betrieb eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens, das zur Dekkung des Finanzbedarfs vorgesehen sein mag - auf den Staatszweck zurückgeführt werden; daher dient auch jede Tätigkeit eines Bediensteten des Staates seinem letzten Grunde nach den Allgemeininteressen. Im übrigen sind berechtigte Zweifel zu erheben, ob denn die Wahrnehmung allgemeiner Interessen allein schon die Anwendung von Sonderhaftungsrecht hinlänglich zu begründen vermag. Tätigkeit im allgemeinen Interesse ist nicht ausschließlich dem Staat vorbehalten. Das Privatrecht selbst kennt Fälle, in denen die Wahrnehmung öffentlicher Interessen Privatpersonen als Richtlinie ihres Handelns vorgeschrieben wird, z.B. § 679 BGB, ferner insbesondere im Arbeitsrecht. Auch hat jeder private Unternehmerbetrieb eine öffentliche Funktion. Es geht daher nicht an, die Wahrnehmung allgemeiner Interessen als entscheidendes Tätigkeitsmerkmal für den gesuchten Beamtenbegriff zu verwenden und damit den inneren Grund des § 839 BGB allein schon darin zu sehen, daß ein staatlicher Sachwalter öffentlicher Interessen tätig geworden ist.

Aus eben denselben Gründen kann der strafrechtliche Beamtenbegriff in seiner heutigen Form [4] nicht aufs Haftungsrecht übertragen werden. Rechtsprechung und Strafrechtslehre haben diesen Begriff bereits zu einem ausschließlich funktionellen Beamtenbegriff entwickelt. Er umfaßt auch die nichthoheitliche Tätigkeit und geht somit

über den Beamtenbegriff des Art. 34 GG hinaus [5]. Als Begriffsmerkmal nennt dieser Begriff den Staatszweck; nach der hier vertretenen Ansicht ist damit für die vorliegende Aufgabe nichts gewonnen. Der Begriff ist nicht genügend präzisiert, um Verwendung im Beamtenhaftungsrecht finden zu können.

Hinlänglich präzisierte Tätigkeitsmerkmale, nach denen ein funktioneller Beamtenbegriff bestimmt werden kann, können nur anhand einer Untersuchung über das Wesen nichthoheitlicher Tätigkeit selbst gefunden werden. Diese Untersuchung hat der Frage zu gelten, ob sich die nichthoheitliche Tätigkeit insgesamt oder teilweise durch Eigenarten auszeichnet, die sie vom gewöhnlichen Privatrechtsverkehr so unterscheidet, daß die Anwendung des Sonderhaftungsrechts gerechtfertigt ist. Hierbei wird sich zeigen, daß es einen solchen Teilbereich nichthoheitlicher Tätigkeit gibt. Eine Gegenüberstellung von hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit gibt den notwendigen Aufschluß über das Wesen nichthoheitlicher Tätigkeit. Sie führt zugleich das staatliche Aufgabengebiet vor Augen, das sich grundlegend vom gewöhnlichen Privatrechtsverkehr unterscheidet, auch wenn die Aufgaben in bürgerlichen Rechtsformen durchgeführt werden.

Nichthoheitliche Tätigkeit ist Tätigkeit des Staates in Rechtsformen des bürgerlichen Rechts. Demgegenüber steht das Gebiet hoheitlicher Gewaltausübung, das den Gesetzen des öffentlichen Rechts untersteht. Die Rechtsprechung zur Unterscheidung von hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit ist eng mit dem Beamtenhaftungsrecht verknüpft. Insbesondere seit Einführung der Staatshaftung wurde die Rechtsprechung immer wieder vor die Aufgabe gestellt, klare Abgrenzungsmerkmale zwischen diesen beiden Tätigkeitsmerkmalen herauszuarbeiten. Rechtsprechung und Lehre haben hierbei häufig ihren Standpunkt geändert. Insgesamt ist die Literatur und Rechtsprechung zur Frage der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, der Kernfrage dieses Problems, kaum noch zu übersehen. Eine Gesamtdarstellung dieses Fragenbereichs erübrigt sich aber für

die vorliegende Arbeit, da es hier genügt, die Problematik der Unterscheidung zwischen hoheitlicher und nichthoheitlicher Tätigkeit zu verdeutlichen [6].

Ein aufschlußreiches Beispiel gibt die Entwicklung der Lehre und Rechtsprechung zum Rechtscharakter des Postbenutzungsverhältnisses, deren Grundzüge deshalb kurz dargestellt werden sollen. Ausgangspunkt ist die ältere, privatrechtliche Auffassung, die von L a b a n d [7] begründet wurde. Ihr lag eine Staatsauffassung zugrunde, die ein Verhältnis strenger Über- und Unterordnung von Staat und Bürger nur dort kannte, wo der Staat dem Einzelnen mit Befehls- und Zwangsgewalt gegenübertrat. Der leistende Staat verkehrte mit dem Einzelnen als "gleichberechtigter Partner"[8]. Diese Ansicht griff Otto Mayer an [9]. Er hielt das Postbenutzungsverhältnis für öffentlichrechtlich; denn die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke sei von Natur öffentliche Verwaltung; demnach bestünde eine begründete Vermutung für hoheitliche Betätigung. Nach Ansicht Otto Mayers soll dies bei den öffentlichen Anstalten insbesondere für das Benutzungsverhältnis gelten [10].

Andere Wege geht das Reichsgericht in seiner grundsätzlichen Entscheidung, in der es sich für die Briefbeförderung der Post zur öffentlich-rechtlichen Auffassung bekennt [11]. Nach den vom Reichsgericht aufgestellten Grundsätzen richtet sich der Rechtscharakter des Benutzungsverhältnisses nach der vom Hoheitsträger gewählten Organisationsform, in der sich die Nutzung der Anstalt abspielt. Aus einer Gesamtwertung der einzelnen Elemente der Organisation, in denen die Briefbeförderung abläuft, wird der Schluß auf den öffentlich-rechtlichen Charakter des Nutzungsverhältnisses gezogen. Der Bundesgerichtshof hat sich diesen vom Reichsgericht aufgestellten Grundsätzen angeschlossen mit dem ausdrücklichen Hinweis, es komme auf die Zielsetzung des staatlichen Unternehmens nicht an [12]. Bestand somit über die Methode zur Bestimmung des Postbenutzungsverhältnisses Einigkeit, so wurde vielfach in Anwendung dieser Grundsätze die Ansicht vertreten, der Personenbeförderungsverkehr der Post sei privatrechtlich organisiert.[13]

Man berief sich auf § 50 Abs. 2 der Postordnung, in dem von Verträgen die Rede ist; ferner wurde behauptet, der Organisation des Postreisedienstes läge eine ausgeprägte kaufmännische Kalkulation zugrunde. Schließlich wurde auf die unumstritten privatrechtlichen Rechtsbeziehungen der Eisenbahn zu ihren Benutzern verwiesen [14].

Dem widerspricht die vorherrschende Ansicht, die den Personenbeförderungsverkehr der Post ihrem öffentlich - rechtlichen Betätigungsgebiet zurechnet [15]. Diese Ansicht, die auch vom Bundesgerichtshof vertreten wird [16], stützt sich im wesentlichen auf folgende Erwägungen: Eine Wertung der Einzelelemente der Organisation des Beförderungsbetriebes weise auf öffentlich - rechtliche Rechtsformen; so sei z.B. im § 2 ReichspostfinanzG, heute im § 14 PostverwaltungsG von Bedingungen und Gebühren für die Benutzung die Rede; diese seien auf dem Verordnungswege festzusetzen. Damit entfiele das Argument aus § 50 Abs.2 PostO, es handele sich um privatrechtliche Verträge. Von solchen könne schon deshalb nicht die Rede sein, weil die Inanspruchnahme des Postreisedienstes nicht von der Geschäftsfähigkeit im Sinne des Privatrechts abhängig gemacht werde. Der Annahme hoheitlicher Betätigung stehe nicht entgegen, daß sich Privatleute in gleicher Weise betätigen könnten; denn eine Monopolstellung sei für hoheitliches Handeln nicht notwendig; der Staat könne vielmehr jegliche Aufgaben an sich heranziehen und sie in hoheitlicher Form wahrnehmen. Der Personenbeförderungsverkehr der Post genieße besondere Vorrechte, z.B. aus § 14 PersBefG. Der Unterschied zur Eisenbahn ergebe sich gerade aus der bewußt abweichend gewählten Organisationsform. Es ginge nicht an, von der Gleichheit des Sachverhalts den Schluß auf die Gleichheit der Natur der Rechtsbeziehungen zu ziehen; vielmehr sei umgekehrt vom Rechtssatz, der den Beziehungen zugrunde liege - der privatrechtlichen EVO einerseits und den Beförderungsbedingungen der Post andererseits - auf die Natur dieser Beziehungen zu schließen.

Abweichend von dieser Ansicht, die ausschließlich von der gewählten Organisationsform ausgeht, will Bischof [17] auch

die Funktion des öffentlichen Unternehmens berücksichtigt wissen; er sieht die wirtschaftliche Betätigung des Staates solange nicht als fiskalisch an, als dieser damit Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnimmt.

Es entspricht demnach vorherrschender Ansicht, daß der Personenbeförderungsverkehr der Post ihrem hoheitlichen Aufgabenbereich angehört. Das soll jedoch nur für den Linienverkehr der Post gelten. Außerhalb des Liniendienstes veranstaltete Sonderfahrten hat die Rechtsprechung dagegen als nichthoheitliche Tätigkeit angesehen [18].

Ein ähnlich buntes Bild bietet die übrige Rechtsprechung zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht. die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts neigte zu einer Ausdehnung des Bereichs fiskalischer Tätigkeit [19]. Der Grund hierfür ist vor allem darin zu sehen, daß die Staatshaftung für Schädigungen aus hoheitlichen Eingriffen zu jener Zeit noch unausgebildet war. Wollte man dennoch der Billigkeit wegen die Haftung des Staates anordnen, so boten sich hierfür die Haftungsgrundlagen des bürgerlichen Rechts an [20]. Das Reichsgericht hat folgende Aufgaben dem fiskalischen Bereich zugewiesen: Eisenbahn [21], Erproben von Munition [22], Aufgaben der Kreis- [23] und Stadtbaumeister [24], städtische Sparkasse [25], Lotsendienst auf dem Kaiser-Wilhelm-Kanal [26], städtische Streupflicht [27]. Aus der heutigen Rechtsprechung sei als Beispiel nichthoheitlicher Anstaltsnutzung das Krankenhausbenutzungsverhältnis genannt. Der Bundesgerichtshof vertritt die Ansicht, die Rechtsbeziehungen zwischen dem Patienten und einem öffentlichen Krankenhaus seien ganz allgemein privatrechtlicher Art [28]. Das soll auch für den Fall gelten, in dem ein Kassenpatient in ein städtisches Krankenhaus zur Behandlung eingewiesen wurde [29], ja, der Bundesgerichtshof billigt selbst dann nur privatrechtliche Ersatzansprüche zu, wenn jemand aufgrund der öffentlichen Fürsorge unentgeltlich in einem städtischen Krankenhaus aufgenommen worden ist [30].

Die öffentliche Ausschreibung von Bauaufträgen wird ebenfalls als nichthoheitliche Tätigkeit angesehen [31]. Die

allgemeinen Aufgaben in Wahrnehmung der Verkehrssicherungspflicht sieht die Rechtsprechung als privatrechtliche Verpflichtung an[32], wenn nicht die verkehrssicherungspflichtige Körperschaft hat erkennen lassen, daß sie diese Aufgaben als hoheitliche Aufgaben wahrnehmen will [33].

Demgegenüber sollen folgende Einrichtungen im wesentlichen hoheitliche Tätigkeit ausüben: kassenärztliche Vereinigungen [34], Rechtsanwaltskammern [35], Krankenkassen [36], Versorgungsämter [37], Industrie- und Handelskammern [38], Kreise beim Krankenbeförderungsdienst[39], Krankenhäuser bei der Röntgenreihenuntersuchung [40].

Dieser Überblick verdeutlicht, daß die ausgeübte Tätigkeit selbst keinen Rückschluß auf das zur Anwendung gebrachte Recht zuläßt. Frühere Anschauungen, nach denen die Ausübung hoheitlicher Gewalt die dem Staat wesensgemäße Tätigkeit sei, das Privatrecht dagegen allein dem Wirtschaftsverkehr des Staates offen stünde [41], sind überholt. Ein Grundsatz, nach dem eine Vermutung für hoheitliches Handeln des Staates spricht, ist nicht ersichtlich [42].

Die Lehre gelangt nach anfänglichen Versuchen, jedem der beiden großen Rechtsgebiete eine bestimmte Funktion zuzuschreiben, zum gleichen Ergebnis[43]. Man hat früher versucht, die Abgrenzung dieser beiden Rechtsgebiete nach der Art des beteiligten Interesses vorzunehmen und sich hierbei auf den Einleitungssatz der Kodofokation Justinians berufen [44]. Dieses Abgrenzungsmerkmal erwies sich jedoch als ungeeignet, da sich kaum ein Rechtsverhältnis auf e i n e n Zweck zurückführen läßt, ihm vielmehr in der Regel eine Vielzahl von Zwecken und Interessen zugrundeliegt, ja nicht selten ausgeprägt privatrechtliche Rechtspflichten vom öffentlichen Interesse beherrscht werden[45]. Die Subjektstheorie, die u.a. Otto Mayer vertrat, stellte darauf ab, ob eine Person mit typisch hoheitlichem Charakter gerade in dieser Eigenschaft an einem Rechtsverhältnis beteiligt ist. Da es jedoch in der deutschen Rechtsordnung keinen Rechtssatz gibt, der eine Vermutung

für hoheitliches Handeln des Staates begründet, stellt diese Theorie die nahezu unlösbare Aufgabe, stets den Willen des beteiligten Hoheitsträgers erschließen zu müssen. daher ist es praktisch ausgeschlossen, aus der Beteiligung des Staates an einem Rechtsverhältnis Rückschlüsse auf das zur Anwendung gelangte Recht zu ziehen [46].

Demgegenüber stellt die Subjektionstheorie auf das objektive Merkmal hoheitlicher Betätigung ab, das sich aus dem angewandten Rechtssatz ergibt. Wesentliches Merkmal des öffentlichen Rechts ist nach dieser Theorie, daß der öffentlich - rechtliche Rechtssatz durch das Verhältnis von Über- und Unterordnung geprägt ist. Das zu erkennen wird häufig nur unter Schwierigkeiten und nicht ohne Rückschluß aus der historischen Entwicklung und der Art des beteiligten Interesses möglich sein. Vollends fehlt es an jedem bestimmenden Kennzeichen, wenn sich zwei gleichberechtigte Hoheitsträger gegenüberstehen [47]. Auch darf nicht verkannt werden, daß ebenfalls das Privatrecht Rechtsverhältnisse kennt, die auf dem Prinzip der Über- und Unterordnung und der Ausübung einer Befehlsgewalt beruhen. Als auffälligste Erscheinungsform sei das Eltern-Kindschaftsverhältnis genannt [48]. Trotz dieser Schwierigkeiten hat sich diese Theorie vor allen anderen als brauchbar erwiesen. Danach kann zumindest für zwei- oder mehrseitige Rechtsbeziehungen im Verhältnis über- und untergeordneter Beteiligter festgestellt werden, ob öffentliches Recht zur Anwendung gekommen ist. Das Merkmal ist notwendig äußerlich [49]; ein zwingender Grund für die - allerdings in ihrem Bestand nicht wegzuleugnende - Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht könnte daher nicht ganz zu Unrecht bestritten werden [50].

Die Interessentheorie, die eine Unterscheidung aus der Sache selbst heraus vornehmen wollte [51], mußte daran scheitern, daß die überwiegende Beteiligung öffentlichen Interesses keinen Aufschluß über den Charakter eines Rechtsverhältnisses geben kann. Die Verwirklichung des Zwecks staatlicher Tätigkeit ist nicht an eine bestimmte Rechtsform gebunden; öffentliche Aufgaben lassen sich in

Form des öffentlichen wie des bürgerlichen Rechts erfüllen. Dies tritt deutlich in den verschiedenen Auffassungen zum Rechtscharakter des Post- und Eisenbahnbenutzungsverhältnisses in Erscheinung. Siebert [52] bezeichnet es als eine heute beinahe hoffnungslos schwierige Frage, nach welchen Kriterien gewisse staatliche Tätigkeiten dem öffentlichen oder dem Privatrecht zuzurechnen sind [53]. Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente der Verwaltung haben sich in einem solchen Grade einander angenähert, daß sie in gewissem Umfange vertauschbar sind [54]. Das Privatrecht, ursprünglich den miteinander konkurrierenden Individualinteressen vorbehalten, hat Rechtsformen entwickelt, die diese "individualistische Struktur verschleiern"[55] und es damit auch für die Erfüllung staatlicher Aufgaben brauchbar machen. Nach dieser Rechtsentwicklung ist es jedenfalls heute ausgeschlossen, das Wesen fiskalischer Tätigkeit daraus erschließen zu wollen, daß gerade kein öffentliches Recht angewandt wird. Insoweit läßt sich also eine Eigentümlichkeit fiskalischer Tätigkeit nicht feststellen.

Die Vertauschbarkeit öffentlicher und privater Rechtsformen kann jedoch nicht unbeschränkt zulässig sein. Für einen großen Bereich staatlicher Tätigkeit ist zwar kein materieller Grund ersichtlich, der eine bestimmte Rechtsform vorschreibt. Für diesen Bereich kann daher auch keine materielle Erwägung Aufschluß darüber geben, welche Rechtsform gewählt wurde. Es ist jedoch nicht denkbar, daß die Rechtsordnung in derart ausgeprägter Form zwei unterschiedliche Rechtsgebiete entwickelt hätte, wenn ihr Gebrauch allein der willkürlichen Handhabung durch den Staat überlassen wäre. Jede verfeinerte Rechtsordnung zeichnet sich aber gerade dadurch aus, daß sie diese Unterscheidung kennt [56].

Öffentliches Recht ist dadurch gekennzeichnet, daß es wegen seines Systems der Über- und Unterordnung besonders geeignet ist, staatliche Ziele durchzusetzen. Köttgen hat dies wie folgt gekennzeichnet: "Das öffentliche Recht findet in der Besonderheit der Arbeitsmaximen der öffent-

lichen Verwaltung seinen begrifflichen Stützpunkt und seine Rechtfertigung zugleich; diese liegen in der stärkeren Durchdringung jeder einzelnen Maßnahme durch den dem Staat immanenten Staatszweck" [57].

Sieht man hierin die Bedeutung des öffentlichen Rechts, so ist durchaus verständlich, daß einige Autoren zur Kennzeichnung des Unterschieds von öffentlichem und privatem Recht auch heute keines-wegs auf das Merkmal des überwiegenden Interesses verzichten wollen. Nach einer kombinierten Subjektions- und Interessentheorie "müssen die Rechtsnormen, um öffentlich zu sein, Ausdruck einer obrigkeitlichen Autorität, einer überindividuellen Hoheitsgewalt sein; zum anderen muß das unmittelbare Ziel der Normen die Verwirklichung der Interessen der Allgemeinheit sein, wenn auch daneben mittelbar Interessen von Einzelpersonen durch sie geschützt werden können" [58]. So gesehen ist es durchaus angebracht, zur Kennzeichnung des öffentlichen Rechts auf die Wahrnehmung von Solidarinteressen zu verweisen. Nur geht es nicht an, dies dem öffentlichen Recht vorbehalten zu wollen und eben darin allein den Unterschied zum Privatrecht zu sehen. Das Merkmal ist nicht allein begriffsbestimmend, aber in besonderer Weise kennzeichnend für das öffentliche Recht.

Im Privatrecht kann dieses Merkmal auch in Erscheinung treten, ist jedoch nicht unerläßlich. Die Beliebigkeit der Willenbetätigung im Privatrecht steht der Bindung und Beschränkung der Handlungs- und Willensfreiheit der beteiligten Personen im öffentlichen Recht gegenüber [59]. Das Privatrecht kann sich jedoch eine durch das Allgemeinwohl bedingte Handlungs- und Willensbeschränkung auferlegen, ohne dadurch seinen Charakter zu verlieren. Es bleibt stets die Ordnung der miteinander konkurrierenden Individualinteressen [60].

Das öffentliche Interesse kann also mit Hilfe des öffentlichen wie auch des bürgerlichen Rechts verwirklicht werden. Während jedoch das öffentliche Recht nur diesem Zwecke dienen kann, ist er für das Privatrecht nicht zwingend. Daraus ist notwendig zu schließen, daß der Will-

kür des Staates in der Wahl der Rechtsformen, deren er sich zur Erfüllung seiner Aufgaben bedient, Grenzen gesetzt sind. Die Vertauschbarkeit der Rechtsformen setzt voraus, daß der Staat zwar auf das Verhältnis der Über- und Unterordnung verzichten kann, daß andererseits die Tätigkeit jedoch in einem solchen Maße vom Allgemeinwohl bestimmt ist, daß der Staat statt der gewählten Privatrechtsform ohne weiteres auch das öffentliche Recht anwenden könnte. Die Vertauschbarkeit ist danach nur dann zulässig, wenn die Wahrnehmung von Solidarinteressen so sehr im Vordergrund steht, daß statt bürgerlicher Rechtsformen auch die Verwendung öffentlich - rechtlicher Rechtsformen gerechtfertigt wäre. Dem Staat ist dagegen die Wahlbefugnis zu versagen, wenn die Tätigkeit nicht mehr in Formen des öffentlichen Rechts ausgeübt werden kann, ohne daß das öffentliche Recht seines Sinngehaltes beraubt würde.

Das was gemeinhin als fiskalische Tätigkeit bezeichnet wird, unterfällt also in zwei Tätigkeitsbereiche, in den Bereich, der keineswegs zwingend in Rechtsformen des bürgerlichen Rechts abgewickelt zu werden braucht, und denjenigen, in dem dem Staat ausschließlich die Formen des Privatrechts zur Verfügung stehen.

S i e b e r t hat diesen Unterschied herausgearbeitet und ihn in ein umfassendes System unterschiedlicher Bereiche der Rechtsordnung eingeordnet [61]. Siebert unterscheidet: [62]

1. reines Privatrecht unter Privaten,
2. fiskalische Betätigung der Träger öffentlicher Verwaltung,
3. Privatrecht als Mittel öffentlicher Verwaltung ("Förderung öffentlicher Zwecke in privatrechtlichen Formen"),
4. nichtobrigkeitliche, hoheitliche Verwaltung,
5. obrigkeitliche, hoheitliche Verwaltung. [63]

Die Gruppen zu 2. und 5. sind dadurch gekennzeichnet, daß hier der Staat ausschließlich bürgerliches oder ausschließlich öffentliches Recht verwenden kann. Die Gruppen zu 3. und 4. umfassen dagegen ein und dasselbe Aufgabengebiet; die Rechtsformen zu seiner Erfüllung sind ver-

tauschbar. Privatrecht als Mittel öffentlicher Verwaltung ist eine Erscheinungsform der Rechtsordnung, die sich in Abkehr von den Anschauungen Otto Mayers entwickelt hat. Man hat hier zutreffend von einem "Abmarsch der öffentlichen Verwaltung in privatrechtliche Organisationsformen" gesprochen [64]. Öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen wird dort ausgeübt, wo der Staat als gleichberechtigter Partner des Staatsbürgers auftritt, ohne sich von seiner ihm eigentümlichen Zielsetzung, der Wahrnehmung von Solidarinteressen [65], zu emanzipieren. Das gilt namentlich für den Bereich staatlicher Tätigkeit, für den Forsthoff den Begriff der Daseinsvorsorge geprägt hat [66].

Dieses staatliche Aufgabengebiet ist von keinem der zur Bezeichnung des Gegensatzes von Verwaltung und Privatrechtsverkehr üblichen Vorstellungsmerkmalen gekennzeichnet. Weder handelt es sich um Ausübung von Gewalt im Verhältnis der Über- und Unterordnung, noch geht es um die Durchsetzung von Individualinteressen im Sinne eines reinen Erwerbsstrebens. Die Besonderheit dieses Gebietes liegt darin, daß die Verwaltung trotz der Verwendung bürgerlicher Rechtsformen gleichwohl Verwaltung bleibt, als solche handelt und den besonderen Beurteilungsnormen für dieses Handeln unterworfen bleibt [67]. Obwohl kein öffentliches Recht zur Anwendung zu kommen braucht, ist das Verwaltungshandeln von der Verbindlichkeit sachlicher Gegebenheiten, die nach Köttgen für das öffentliche Recht kennzeichnend sind [68], bestimmt; trotz der Anwendung privatrechtlicher Rechtsformen tritt deren Eigentümlichkeit, die Durchsetzung konkurrierender Individualinteressen, zurück. Das Privatrecht hat sich dem öffentlichen Recht in einer Weise angenähert, die seine ursprüngliche individualistische Struktur verdeckt.

Der Staat als Leistungsträger bedient sich privatrechtlicher Rechtsformen, ohne damit die dem Privatrecht eigentümliche Handlungsfreiheit zu gewinnen. Vielmehr hat sich das auf diese Weise sozialisierte Privatrecht seiner Handlungsfreiheit begeben. Das Verwaltungshandeln unterliegt auch insoweit allgemeinen oder staatsgesetzlichen Vorbe-

halten und parlamentarischer Kontrolle [69]. Man spricht von einem vom öffentlichen Recht unterwanderten, zu Gunsten des Staates verstärkten Privatrecht [70]. Gygi will festgestellt haben, daß insoweit vornehmlich zwingendes Privatrecht zur Anwendung kommt [71]. Bachof meint sogar, daß der Staat dort, wo er als Vergeber existenzieller Leistungen auftrete, oder wo er rechtliche oder faktische Monopole innehabe, "öffentliche Gewalt" ausübe, gleichgültig welcher Rechtsform er sich bediene [72]. Dürig vertritt die Ansicht, dieser Bereich stehe gegenüber dem sonstigen Privatrechtsverkehr unter dem Grundsatz des venire contra factum proprium in dem Sinne, daß dem Staat bei privatrechtlicher Abwicklung seiner Leistungsverpflichtungen nichts gestattet sei, was ihm bei öffentlich - rechtlicher Ausgestaltung verboten sei [73]. Das Bundesverwaltungsgericht weist in seiner Entscheidung vom 7.11. 1957 [74] darauf hin, daß der Staat bei bürgerlich - rechtlichen Rechtsbeziehungen Bindungen unterliegen könne, die für eine Privatperson nicht oder nicht im gleichen Maße gelten würden; den bürgerlich rechtlichen Charakter der Beziehungen stelle das jedoch nicht in Frage.

Die genannten Eigenarten der sogenannten öffentlichen Verwaltung in privatrechtlichen Formen erlauben das, was weiter oben die "Vertauschbarkeit der Rechtsformen" genannt wurde und was damit ein besonders kennzeichnendes Merkmal dieses Bereichs staatlicher Verwaltung wird. Bei Erfüllung von Aufgaben der Leistungsverwaltung steht es im Belieben des Staates, hier zu einer privatrechtlichen Konstruktion zu greifen, dort öffentlich rechtliche Formen vorzuziehen, da mit beiden Rechtsformen der gleiche Erfolg - eine den sozialen Bedürfnissen entsprechende Leistungsgewährung - erzielt werden kann. Das öffentliche Recht ist hierzu seinem Wesen nach geeignet; das bürgerliche Recht hat in Abkehr von einer strengen Privatautonomie Rechtsformen entwickelt, nach denen Leistungen generell und in gleicher Weise erbracht werden können, etwa in Gestalt allgemeiner Geschäftsbedingungen oder von Tarifverträgen [75].

Die öffentliche Verwaltung bedient sich im Bereich der Daseinsvorsorge privatrechtlicher Rechtsformen insbesondere bei den öffentlichen Anstalten, bei den Verkehrs- und Versorgungsbetrieben und bei zahlreichen privatrechtlichen Formen öffentlicher Subventionierung [76] und Fürsorge [77]. Beispielhaft tritt dies in der Zweistufigkeit öffentlicher Subventionierung zu Tage. Dem eigentlichen Leistungsverhältnis, das etwa bei der Vergabe zinsverbilligter Kredite privatrechtlich ausgestaltet ist, geht hier ein Verwaltungsakt voraus, der Inhalt und Form der Leistung bestimmt. Es liegt also ein Akt öffentlicher Verwaltung vor, der primär in Formen des öffentlichen Rechts, sekundär in bürgerlichen Rechtsformen abgewickelt wird. Die zweite, bürgerlich rechtliche Stufe unterliegt den durch den Verwaltungsakt vorbestimmten Prinzipien öffentlichen Verwaltungshandelns [78]. Nicht selten werden Aufgaben der öffentlichen Verwaltung delegiert und von beliehenen Verbänden teils hoheitsrechtlich, teils privatrechtlich ausgeführt [79]. Die Vergabe öffentlicher Bauaufträge ist gleichfalls ein Akt öffentlicher Verwaltung, der in Rechtsformen des bürgerlichen Rechts abgewickelt wird [80].

Die leistende Verwaltung kann gerade deshalb auf öffentlich-rechtliche Rechtsformen verzichten, weil sie auf Zwangsmaßnahmen verzichten kann. Im Vordergrund steht stets die eigene Leistung der Verwaltung. Die Erzielung von Gewinn ist hier nicht Motiv der Tätigkeit, daher auch nicht wirtschaftlich notwendig. Sie braucht indessen nicht ausgeschlossen zu sein [81]. Die Daseinsvorsorge ist eine öffentliche Aufgabe, die durch das Gemeinwohl geboten ist. Selbst in privatrechtlichen Rechtsformen durchgeführt, wird die Erfüllung nicht dadurch sinnwidrig, daß keine Gewinne erzielt werden [82].

Der andere Bereich staatlicher Tätigkeit, für den die Verwendung öffentlich-rechtlicher Rechtsformen versagt ist, zeichnet sich durch die der Privatwirtschaft eigentümliche wechselseitige Verbindung von Leistung und Gegenleistung aus [83]. Hierzu ist einmal die erwerbswirt-

schaftliche Betätigung des Staates und anderer öffentlicher Verbände zu rechnen, andererseits gehören hierzu die sogenannten Hilfsgeschäfte der Verwaltung [84]. Hier ist die dem Staat eigentümliche Durchdringung jeder Maßnahme durch den dem Staat innewohnenden Staatszweck weit zurückgetreten. Als Schulfall für die Teilnahme des Staates an der Wettbewerbswirtschaft ist die Staatsbrauerei zu nennen. Hierher gehört auch die staatliche Forstverwaltung, soweit sie ihre Aufgaben noch in einer Ertragsbewirtschaftung des Waldes sieht. Schließlich kann der Staat selbst hier gänzlich in den Hintergrund treten, indem seine Teilhabe am Wirtschaftsverkehr sich lediglich in der finanziellen Beteiligung an privaten Wirtschaftsunternehmungen auswirkt. Die Gründe für die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates und anderer öffentlicher Verbände in dieser oder jener Form sind in einem Streben nach Machterweiterung und in der Notwendigkeit zu sehen, dem öffentlichen Finanzbedarf neue Quellen zu erschließen [85]. Wesentliches Merkmal dieser Tätigkeit ist das Gewinnstreben; es würde sinnwidrig dadurch, daß keine Gewinne erzielt werden. Es handelt sich also wesensnotwendig um eine unmittelbare Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr zu erwerbswirtschaftlichen Zwecken [86].

Als Schulfall für die sogenannten Hilfsgeschäfte der Verwaltung ist der Fall zu nennen, daß eine Behörde für ihren Bedarf Heizmaterial, Briefpapier oder dergleichen einkauft. Wie bei der erwerbswirtschaftlichen Betätigung ist die Privatrechtsform hier die wirkliche Entsprechung des inneren Verwaltungsmotivs [87]. Für die Verwendung öffentlich rechtlicher Rechtsformen ist kein Raum, da das öffentliche Recht damit seiner Wesenseigentümlichkeiten beraubt würde.

Der Unterschied beider Betätigungsmöglichkeiten des Staates auf nichtnoheitlichem Gebiet liegt in folgendem:
Einmal wird eine speziell staatliche Tätigkeit entwickelt; denn die Aufgaben der Daseinsvorsorge sind ausschließlich dem Staat und den öffentlichen Verbänden vorbehalten. Es ist undenkbar, daß eine Privatperson aus dem gleichen Grund

in gleicher Weise tätig würde. Der andere Bereich weist demgegenüber dem Grunde und der Form nach die gleichen Eigentümlichkeiten wie die Unternehmungen von Privatpersonen auf.

Eine Tätigkeit des Staates kann also ihre Eigentümlichkeit als staatliche Zweckerfüllung gleichwohl beibehalten, wenn der Staat sich hierzu auf eine Ebene begibt, die gemeinhin der Durchsetzung von Individualinteressen vorbehalten ist. Kennzeichnend für die Leistungsverwaltung ist, daß dem Einzelnen unmittelbar Leistungen zugewendet werden. Die aus erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen dem Staat zuwachsenden Nutzungen kommen dagegen dem Staatsbürger nur mittelbar - etwa in Form geringerer Steuererhebungen - zu Gute. Danach wird man ein Rechtsverhältnis in Bezug auf das sogenannte Finanzvermögen dem erwerbswirtschaftlichen Bereich zuordnen [88]. Demgegenüber stehen die sogenannten öffentlichen Sachen ( Schulen, Krankenhäuser, Verkehrsbetriebe, Post Eisenbahn, Straßen, Plätze usw.), die primär dem öffentlichen Recht unterstehen, deren Leistungsverhältnisse jedoch den Regeln des bürgerlichen Rechts unterstellt werden können.

Der gemeinhin übliche Sprachgebrauch, der nichthoheitliche und fiskalische Betätigung gleichsetzt, wird diesem Sachverhalt nicht gerecht. S i e b e r t führt hierzu aus:

> "Die Verwendung von privatem Recht als Mittel öffentlicher Verwaltung sollte nicht als fiskalische Tätigkeit gekennzeichnet werden. Ich möchte vielmehr von fiskalischer Tätigkeit nur dort sprechen, wo entweder die privatrechtliche Betätigung der Träger der Verwaltung primär erwerbswirtschaftlichen ( privatwirtschaftlich - wettbewerblichen ) Zwekken dient, oder wo privatrechtliche Hilfsgeschäfte vorgenommen werden. Wo aber unmittelbar öffentliche Zwecke verfolgt werden und öffentliche Aufgaben erfüllt werden, liegt m.E. kein fiskalisches Handeln vor, wenn die öffentliche Verwaltung sich dabei des Privatrechts bedient." 89

III. Der funktionelle Beamtenbegriff des § 839 BGB.

§ 13 Siebert zweifelt, ob § 839 BGB bei fiskalischem Handeln in dem von ihm vertretenen engen Sinn Platz greift [1].

Für rein erwerbswirtschaftliche Betätigung und für privatrechtliche Hilfsgeschäfte soll der Beamte nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts haften. Siebert entnimmt diese Einschränkung dem Tatbestandsmerkmal der Amtspflichtverletzung; man könne in diesen Fällen nicht von Amtspflichten reden, da das Handeln des Beamten nicht auf das Wohl des Publikums gerichtet sei, sondern Dienstpflichten allein gegenüber dem Dienstherren bestünden und die Förderung der Vermögensinteressen der öffentlichen Hand zum Inhalt hätten. Indessen läßt Siebert eine Ausnahme zu; gegenüber dem Publikum bestünde eine generelle Amtspflicht zu sittengemäßem Verhalten. Bei einem Verstoß gegen diese Pflicht wäre also der Ansicht Sieberts nach - auch bei rein fiskalischer Tätigkeit - die Möglichkeit einer Haftung über § 839 BGB einzuräumen.

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, daß das Tatbestandsmerkmal der Amtspflicht im Laufe der Entwicklung eine Ausdehnung erfahren hat, die praktisch darauf hinausläuft, dem Beamten eine Amtspflicht zu angemessenem Gebrauch seiner Befugnisse aufzuerlegen [2]. Es ist nicht einzusehen, warum dies im rein fiskalischen Bereich nicht gelten soll [3]. Eine Beschränkung des Amtspflichtbegriffs in dem von Siebert vorgeschlagenen Sinne steht daher im Widerspruch zur verfestigten Auslegung dieses Begriffs. Außerdem verkennt Siebert, daß der Spezialcharakter des § 839 BGB ein Zurückgreifen auf die Vorschriften des allgemeinen Deliktsrechts in Fällen, in denen § 839 BGB versagt, verbietet. Schließlich erscheint es besonders im rein fiskalischen Bereich ungerechtfertigt, den Beamten, und zwar nur diesen, die Vorzüge der Haftungsprivilegien des § 839 BGB zugute kommen zu lassen. Gerade bei einer Tätigkeit, die sich durch nichts von der anderer Privatpersonen unterscheidet, muß die Subsidiarität besonders befremden.

Läßt man einmal die von Siebert zugestandene Ausnahme außer Betracht, so deckt sich seine Ansicht, für eine Haftung nach § 839 BGB sei im Bereich rein fiskalischer Tätigkeit kein Platz, mit einigen schon wiederholt ge-

nannten Auffassungen. Otto Mayer hatte im Grunde die gleiche Vorstellung, wenn ihm § 839 BGB für den Verkehr des Fiskus nicht zu passen schien [4]; denn seine Vorstellungen von fiskalischer Tätigkeit stimmen weitgehend mit dem überein, was Siebert darunter versteht. Für Otto Mayer gehörte jede eigentümlich staatliche Tätigkeit in den Bereich hoheitlicher Verwaltung. Auch die Tätigkeit des Staates auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge - von Otto Mayer "fürsorgerische Tätigkeit" genannt [5]- ist nach dieser Ansicht grundsätzlich dem Bereich staatlicher Hoheitstätigkeit zuzurechnen, soweit nicht historisch bedingte Ausnahmen gemacht werden müssen.

Folgerichtig soll daher nach dieser Ansicht auch der "eine fürsorgerische Tätigkeit entwickelnde Beamte" nach § 839 BGB haften; Otto Mayer nennt beispielhaft die Beamten der Schulen, Leihhäuser und Schlachthöfe [6]. Für diese Beamten fordert er besonders strenge Maßstäbe bei der Beurteilung der Amtspflicht. Es ist also durchaus im Sinne Otto Mayers, den Beamten der Leistungsverwaltung nach § 839 BGB haften zu lassen; denn diese Beamten üben eben keine fiskalische Tätigkeit aus [7].

Ebenso läßt sich eine Übereinstimmung zwischen der Ansicht Sieberts und der Ecksteins [8] nachweisen. Eckstein sieht die ratio legis des § 839 BGB darin, daß der Staat durch seinen Beamten dem Bürger gegenüber in besonderer Eigenart auftritt. Nach Eckstein trifft dies nur auf den Beamten als Organ der staatlichen Autorität zu. § 839 BGB auch im Verkehr des Fiskus anzuwenden, hieße seiner Ansicht nach, ohne gesetzgeberischen Grund einen Gegensatz zu anderen Personen zu schaffen, der im Wesen der Sache nicht zu erblicken ist [9].

Eckstein wie Otto Mayer scheinen zu verkennen, daß der Staat in bürgerlichen Rechtsformen handeln kann, ohne darum der Tätigkeit ihre Eigentümlichkeit als typisch staatliche Aufgabenerfüllung zu nehmen. Indessen hat sich dieser Bereich staatlicher Tätigkeit - öffentliche Verwaltung in Formen des Privatrechts - seit der Zeit jener

Autoren erst entwickelt und ausgeweitet; er ist überhaupt erst in jüngster Zeit wissenschaftlich erschlossen worden. Die Argumente, die Otto Mayer und Eckstein gegen eine Anwendung des § 839 BGB auf privatrechtliche Tätigkeit des Staates vorbringen, sind - auf diese Tätigkeit bezogen - wirkungslos. Eine Parallele zwischen der Meinung dieser Autoren und der Ansicht Sieberts zum Anwendungsbereich des § 839 BGB zu ziehen erscheint daher wohl-begründet.

Schließlich sei nochmals die Ansicht einiger Autoren erwähnt, der Beamte des § 839 BGB müsse mit Aufgaben befaßt sein, die die Allgemeininteressen zu fördern bestimmt seien [10]. Die Umschreibung ist sehr unbestimmt; es erscheint jedoch zweifelhaft, ob diese Autoren die Beamteneigenschaft uneingeschränkt denjenigen Personen zuerkennen wollen, die im rein fiskalischen Bereich im Sinne Sieberts tätig sind.

Der Grund und die Rechtfertigung des § 839 BGB als Sondernorm gegenüber dem allgemeinen Deliktsrecht ist in einem öffentlichen Element zu suchen. [10a] Die Beteiligung des öffentlichen Interesses an der vom Beamten ausgeübten Tätigkeit gibt den inneren Grund für die Abweichungen vom allgemeinen Deliktsrecht ab. Wo aber liegt ein öffentliches Element, wenn der Staat in Rechtsformen des Privatrechts handelt? Es ist nicht dort zu suchen, wo der Staat dem Motiv, der Form und dem Erfolg nach wie eine Privatperson handelt. Dagegen tritt es augenfällig im Aufgabenbereich der Daseinsvorsorge in Erscheinung. Öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen umfaßt einen Tätigkeitsbereich, der seiner Eigentümlichkeit - des Leistungscharakters - wegen in schroffem Gegensatz zu gewöhnlichen privatrechtlichen Rechtsverkehr, der der Durchsetzung von Individualinteressen dient, steht. Man kann von uneigentlich privatrechtlichem Gebahren sprechen, um so den Grund zu kennzeichnen, der eine haftungsrechtliche Sonderbehandlung dieses Wirkungsbereichs gegenüber dem allgemeinen Privatrechtsverkehr rechtfertigen könnte. Die eigentümliche Funktion der Leistungsverwaltung gibt den rechtfertigenden Grund für die Besonderheiten des § 839 BGB ab. Die Subsidiaritäts-

klausel des § 839 Abs.1 Satz 2 BGB wäre von dem Makel, den der Bundesgerichtshof einen Fremdkörper im Deliksrecht nennt [11], zumindest im bürgerlichen Rechtsverkehr weitgehend befreit, wenn ihre Anwendung auf den Bereich der Leistungsverwaltung beschränkt würde.

Diese nach der Art der Tätigkeit getroffene Unterscheidung zweier vollkommen verschiedener Wirkungsbereiche des Staates innerhalb des Privatrechts - öffentliche Verwaltung in Privatrechtsform und rein fiskalische Tätigkeit - gibt die Merkmale in die Hand, nach denen sich ein funktioneller Beamtenbegriff bestimmen läßt. Von den im Privatrechtsverkehr tätigen staatlichen Bediensteten sind danach nur die Personen dem Sonderhaftungsrecht zu unterstellen, die mit Aufgaben der Leistungsverwaltung betraut sind, gleichgültig welcher Art ihre Beziehungen zum Staat, d.h. ihr Anstellungsverhältnis ausgestaltet ist.

Der Beamtenbegriff des § 839 BGB ist danach unter Beachtung folgender Gesichtspunke zu bestimmen:

1. § 839 BGB gilt für den öffentlich rechtlichen und für den privatrechtlichen Bereich staatlicher Tätigkeit.

2. Der Beamtenbegriff des § 839 BGB muß alle mit hoheitlichen Aufgaben betrauten Personen umfassen, d. h. § 839 BGB gilt für jede obrigkeitlich tätige und für jede in der Leistungsverwaltung hoheitlich tätige Person.

3. Im Bereich privatrechtlicher Tätigkeit kann der Beamtenbegriff nicht nach der Position des Bediensteten bestimmt werden.

4. Es erscheint zweckmäßig, die Anwendung des § 839 BGB im Privatrechtsverkehr auf diejenigen Personen zu beschränken, die mit Aufgaben der Leistungsverwaltung betraut sind.

Danach ist der Beamtenbegriff des § 839 BGB wie folgt zu definieren:

> Beamter im Sinne des § 839 BGB ist jede vom Staat oder einer dazu befugten Körperschaft mit Aufgaben der obrigkeitlichen oder leistenden Verwaltung betraute Person,

> ungeachtet ihrer Rechtsbeziehungen zur Anstellungskörperschaft und gleichgültig, in welcher Rechtsform der Staat oder die Körperschaft ihre Leistungsverpflichtungen erfüllen.

Dieser neuformulierte Beamtenbegriff zeichnet sich gegenüber den bisher gegebenen Begriffsbestimmungen nicht nur dadurch aus, daß er einheitliche Merkmale für den gesamten Anwendungsbereich des § 839 BGB selbst gibt. Seine Bedeutung geht vielmehr insoweit noch darüber hinaus, als er einen einheitlichen Begriff für das gesamte Beamtenhaftungsrecht abgibt. Die Einschränkungen im Art. 34 GG, die durch das Erfordernis hoheitlicher Amtsausübung bedingt sind, lassen den Beamtenbegriff in seiner Struktur unberührt. Der funktionelle Beamtenbegriff umfaßt alle Personen, für die eine Haftung nach Art. 34 GG in Betracht kommen kann, vermeidet also die systematische Ungenauigkeit der kritisierten herrschenden Auffassung.

Die bisherigen Versuche einer Begriffsbestimmung sahen sich der Schwierigkeit gegenüber, einen Begriff für zwei anscheinend entgegengesetzte staatliche Wirkungsbereiche - dem hoheitlichen Bereich und dem, was man gemeinhin als fiskalische Tätigkeit bezeichnet - zu finden. Daraus erklärt sich die Doppelgleisigkeit dieser Bestimmungsversuche. Die hier vertretene Auffassung macht sich die Erkenntnis zunutze, daß die Gegensätzlichkeit für einen Teilbereich der sogenannten fiskalischen Tätigkeit nur scheinbar besteht, daß nämlich der Bereich "öffentlicher Verwaltung in privatrechtlichen Formen" einen allein dem Staat vorbehaltenen Wirkungsbereich darstellt [12]. Der innere Grund der Geltung des § 839 BGB auch auf privatrechtlichem Gebiet wird darin gesehen, daß der Staat in Formen des bürgerlichen Rechts tätig werden kann, ohne deswegen seine eigentümliche Rechtsstellung als Staat zu verlieren. Die Rechtfertigung eines Sonderhaftungstatbestandes im allgemeinen Deliktsrecht liegt in der Besonderheit der ausgeübten Tatigkeit.

Gegenüber den bisher vertretenen Auffassungen bringt der funktionelle Beamtenbegriff zwei Neuerungen für § 839 BGB:

Er beschränkt die Anwendung des § 839 BGB auf einen bestimmten staatlichen Wirkungsbereich, erweitert jedoch für diesen Bereich den Kreis der haftpflichtigen Personen.

Aus den im Verlauf der Ausführungen wiedergegebenen Entscheidungen höchstrichterlicher Rechtsprechung seien beispielhaft einige Entscheidungen genannt, die bei Anerkennung der hier vertretenen Auffassung teilweise zu einem anderen Ergebnis führen müßten:

RGZ 68,282 [13]: Die Auskunfterteilung eines Bürgermeisters in seiner Eigenschaft als Mitglied einer städtischen Sparkasse ist in den rein fiskalischen Bereich zu verweisen. Im Gegensatz zur Ansicht des Reichsgerichts ist daher die Beamtenqualität des Bürgermeisters im haftungsrechtlichen Sinne zu verneinen.

RGZ 162,160 [14]: Ebenso fehlt dem Oberpostrat, der für die Post die Übernahme selbstschuldnerischer Bürgschaften zugunsten von Bauunternehmern gegenüber Kreditinstituten erklärt, die haftungsrechtliche Beamteneigenschaft.

KG JR 1951,25 [15]: Der Oberarzt des städtischen Krankenhauses ist - im Gegensatz zur Ansicht des Kammergerichts - Beamter im Sinne des § 839 BGB; seine Einstellung als Angestellter ist ohne Bedeutung. Seine Haftung entfällt, da er auf die anderweitige Ersatzmöglichkeit durch die Stadt Berlin verweisen kann.

Die Entscheidungen BGH MDR 1952, 674, BGH LM Nr. 6 zu § 675, BGH LM Nr. 36 zu Art. 34 GG, BGHZ 24, 393 ff. ( 394 ), BGH VersR 1960, 752 [16] sind im Ergebnis zutreffend; die Begründungen zu diesen Entscheidungen gehen allerdings nach der hier vertretenen Auffassung zum Teil am Problem vorbei.

Der neuformulierte Beamtenbegriff widerspricht nicht dem in Art. 77 EGBGB Ausdruck verliehenen Willen des Gesetzgebers, § 839 BGB auch im Privatrechtsverkehr des Staates Geltung zuzuerkennen. Indessen ist nicht zu leugnen, daß der funktionelle Beamtenbegriff in den Materialien zum BGB keine Stütze findet und in erheblichem Gegensatz zu den frühen Auslegungen des Bürgerlichen Gesetzbuches steht, die der Gesetzesschöpfung am nächsten standen.

Eine auf die damaligen Anschauungen gestützte Auslegung ist jedoch heute nicht mehr vertretbar. Es fehlt nicht an Stimmen, die den § 839 BGB für den fiskalischen Bereich selbst für überholt erachten [17]. Die Problematik der Vorschrift ist weiter oben gewürdigt worden. Solange der Gesetzgeber den Bedenken nicht Rechnung trägt, ist es geboten, die Auslegung der Vorschrift den veränderten Verhältnissen anzupassen, soweit der Gesetzeswortlaut dies erlaubt. Dabei muß in Kauf genommen werden, daß der Vorschrift ein anderer Sinngehalt gegeben wird, als er den Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen entsprach [18]. Die entscheidenden Veränderungen sind darin zu sehen, daß sich die Struktur des öffentlichen Dienstes seit 1900 grundlegend gewandelt hat und daß das Wesen staatlicher Tätigkeit seit Beginn dieses Jahrhunderts nicht nur rechtssystematisch erst erschlossen wurde, sondern zudem auch ein gänzlich verändertes Gewicht erhalten hat [19].

Angesichts dieser Veränderungen geht es heute nicht mehr an, dem Berufsbeamtentum um seiner selbst willen ein Sonderhaftungsrecht einzuräumen. Für den umfangreicheren Teil der Staatstätigkeit - die hoheitliche Gewaltausübung - ist dies inzwischen gesetzlich bestätigt. Will man den Staatsbediensteten für den Bereich nichthoheitlicher Tätigkeit, dessen haftungsrechtliche Grundlagen seit 1900 unverändert geblieben sind, überhaupt noch Sonderhaftungsrecht einräumen, so läßt sich dies allein aus der Eigenartigkeit ihrer Tätigkeit heraus rechtfertigen.

Die hier vertretene Auffassung legt der Subsidiaritätsklausel des § 839 BGB ein für die Auslegung bestimmendes Gewicht bei. Das entspricht der praktischen Bedeutung dieser Klausel [20]. Man sieht die Rechtfertigung dieser Klausel darin, daß der Beamte berufsmäßig dauernd verpflichtet sei, in die Verhältnisse Dritter einzugreifen und es deshalb nicht angehe, ihn wegen jeden Mißgeschicks haften zu lassen, zumal die Tätigkeit des Beamten auch noch die Besonderheit habe, daß sie von ihm nicht zu seinem Vorteil ausgeübt werde [21].

Diese Argumentation stimmt nahezu wörtlich mit der Begründung des § 839 BGB selbst in den Motiven überein [22]. § 839 BGB wird eben im wesentlichen durch die Subsidiaritätsklausel geprägt. Eine Interpretation dieser Vorschrift hat zu allererst der damit gegebenen Besonderheit der Norm Rechnung zu tragen.

Es darf nicht verkannt werden, daß der neue Beamtenbegriff gegenüber den früheren Auffassungen eine benachteiligende Wirkung für den Geschädigten hat: Die durch § 839 BGB gegebene Erweiterung der geschützten Rechtsgüter entfällt nunmehr für den Bereich rein fiskalischer Tätigkeit, da der Beamte im Sinne des Dienstrechts für Schädigungen bei rein fiskalischer Tätigkeit - wie schon bisher der Angestellte - nur nach gewöhnlichem Deliktsrecht haftet. Indessen, abgesehen davon, daß die Bevorzugung, die die herrschende Lehre dem Geschädigten in einem solchen Fall einräumt, nicht zu rechtfertigen ist, dürften die mit der haftungsrechtlichen Gleichbehandlung aller staatlichen Bediensteten verbundenen Vorteile überwiegen.

A n m e r k u n g e n

§ 1

1) Vergl. die Übersicht bei Heyland, Das Recht der Beamten, S. 13; ders., Das Berufsbeamtentum, S.21

2) Es ist deshalb vorzuziehen, vom Beamtenbegriff des Beamtenrechts oder des öffentlichen Dienstrechts zu sprechen.

3) Vergl. § 1 DBG, § 2 BBG

4) Seit 1933, uns zwar gemäß § 3 Nr. 1 des ReichsG zur Änderung von Vorschriften auf dem Gebiet des allgemeinen Beamten- usw. -rechts vom 30.4.1933 (RGBl. I 433 ); vergl. § 27 DBG, § 6 BBG

5) Heyland, Das Recht der Beamten, S.14 ff.; ders., Das Berufsbeamtentum, S. 22 ff.; Fischbach, Anm. 1 zu § 1 DBG

6) Schönke - Schröder, Anm. II zu § 359; Leipziger Kommentar, Anm. II und VI zu § 359; BGHSt 4,293; Heyland, Das Recht der Beamten, S. 18; Boehmer S.233

7) v. Mangoldt - Klein, Anm. III, 1 zu Art. 34; Forsthoff, S.282; Boehmer, S.232; Heyland, Das Recht der Beamten, S. 20; Weitnauer, S. 8; RGR-Kommentar - Kreft, Anm. 31 zu § 839; Ermann - Drees, Anm. 2 B d zu § 839; Palandt - Gramm, Anm. 3 a zu § 839; Reinhardt, DÖV 1955, 542. Zur Rechtsprechung siehe unten S. 11 ff.; zahlreiche weitere Literatur mit zum Teil abweichenden Ansichten wird im Verlauf der weiteren Arbeit genannt werden.

8) Kleinhoff, Der Beamtenbegriff des § 839 BGB, AcP 156, 212

9) Von den Kommentatoren zum BGB hat sich nur Soergel - Siebert (Glaser ) dieser Ansicht angeschlossen - Anm. 128 zu § 839 ); in den anderen Kommentaren fehlt jede Auseinandersetzung mit dieser Ansicht.

10) So von Larenz und Enneccerus - Lehmann, s. unten S. 22.

11) Begriff: Bettermann, DÖV 1954, 299

12) Esser, S. 892

13) RGZ 83, 74; BHZ 9, 145; 24, 138 ( 139 ff.); BGH NJW 1956, 816

§ 2

1) Wieland, S. 2; Delius, S. 25; Motive bei Mugdan, ". Band, S. 458

2) Zur Haftung des iudex qui litem suam facit vergl. Wieland, S. 2; zur Haftung des Vormunds und der Munizipalmagistrate ebenda S. 4 ff.

3) Delius, S. 25 ff.; Wieland, S. 7; Motive a.a.O.; Staudinger, Anm. 1 zu § 839

§ 2 4) Gehre, S. 29, 33 ff.

5) Gehre, S. 32; Wieland, S. 10

6) Gehre, S. 31; Wieland, S. 11; Dernburg, Das Obligationsrecht Preußens und des Reichs, S. 916 ff.; Delius, S. 26, S. 263; Staudinger a.a.O.

7) Gehre, S. 40

8) Vergl. z.B. Dernburg, Das Obligationsrecht, S. 920, insbesondere Fußnote 26

9) Mugdan, 2.Band, S. 462

10) § 736 ist der spätere § 839

11) z.B. Hardten, Kommentar zum BGB, 1.Aufl., 1897

12) Oertmann, Anm. 2 zu § 839; Planck, Anm. 2 zu § 839; Heilfron, § 68 a 1. Fußnote 2

13) Liszt, S. 564

14) ders. a.a.O.

15) Dernburg, Das bürgerliche Recht, S. 637; Scherer, Anm. 2 zu § 839; Heilfron a.a.O.; Rehm, S. 391; Hüssener, S. 22; Endemann, S. 1124; Meltz, S. 7 ff. Siegel, S. 25; v.Schelhorn, S. 446; Drouven, S. 6 ff.; Blumstengel, S. 27; Westarp, S. 9

16) so auch Staudinger, Anm. 4 zu § 839; Reinhardt, Gutachten, S. 248; Kleinhoff, S. 218 ff.

17) Laband, 1.Band, S. 418 ff.; RG JW 1917, 854

18) RGZ 37, 241 ( 243 )

19) JW 1918, 637; mit Anmerkung von Graßmann ( zustimmend ) und Arndt ( zweifelnd ).

20) Rehm, S. 370; Brand, S. 15 ff.

21) RGZ 99, 267; 104, 261; 132, 61; 134, 359; RG JW 1916, 1020; 1923, 77

22) Otto Mayer wollte daher auch den Anwendungsbereich des § 839 BGB ausschließlich auf hoheitliche Tätigkeit beschränkt wissen; siehe hierzu unten S. 26 ff.

23) so die in Note 21 angeführte Rechtsprechung

24) Näheres bei Köttgen, Zur Frage des Erwerbs der Beamteneigenschaft, S. 225

25) Vergl. hierzu Boehmer, S. 222 ff., 225

26) Köttgen, Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, insbesondere S. 143 und S. 147; Ders., Zur Frage des Erwerbs der Beamteneigenschaft.

27) Brand, S. 292

28) Siehe die unter Note 15 angeführte Literatur; ferner Retschy, S. 2 ff.

29) Siehe die unter Note 15 angeführten Monografien.

§ 2 30) Diese Ansichten werden unten S. 18 ff. dargestellt.

31) z.B. RGZ 55, 364; 84, 27; 88, 51

32) RGZ 68, 282

33) RGZ 74, 250

34) RGZ 110, 350; RG JW 1925, 1274; so auch BGHZ 20, 57 ( 59 ); BGH MDR 1961, 753

35) RGZ 105, 334; 114, 197 ( 201 ); 118, 241 ( 242 ); RG JW 1924, 192

§ 3 1) RGZ 142, 190

2) z.B. RGZ 151, 385; 158, 83; 165, 91; 166, 1; 167, 385; 170, 336; RG JW 1937, 241; OLG München HRR 42, 646

3) RGZ 162, 160

4) RGZ 166, 1

5) a.a.O., S. 7 ff.

6) Hoffmann, S. 19

7) z.B. nach § 7 RBeamtenHaftungsG von 1910; näheres hierzu unten S. 33 ff.

8) Vergl. die in § 1 Note 7 angeführte Literatur.

9) MDR 1952, 674

10) SJZ 1947, 511

11) SJZ 1950, 905

12) BGH LM Nr. 6 zu § 675

13) BGHZ 24, 393 ( 394 )

14) Vergl. zu dieser Rechtsprechung ferner BGH LM Nr. 36 zu Art. 34 GG und BGH BB 1956, 63; ferner Leiß NJW 1955, 121.

15) KG JR 1951, 25

16) Es läßt sich nicht ausmachen, auf welche Entscheidung des Reichsgerichts sich das Kammergericht beziehen will. Bei dem Zitat - JW 1924, 1155 - , dessen richtige Wiedergabe anhand des Urteilsoriginals überprüft wurde, handelt es sich offensichtlich um ein Fehlzitat. Im übrigen ist eine Entscheidung des Reichsgerichts, bei der das Problem so offensichtlich wie hier in Erscheinung tritt, nicht ersichtlich.

17) Vergl. kritische Anmerkung zu diesem Urteil von Eberhardt, JR 1951, 25; E. vertritt die Ansicht, die dienstrechtlichen Vorschriften über den Erwerb der Beamteneigenschaft könnten nur für das Innenverhältnis vom Staat zum Beamten von Bedeutung sein. Das hat zwar das Reichsgericht in anderem Zusammenhang in RGZ 142, 191 - vergl. oben S. 12 - betont; verfehlt ist jedoch Eberhardts Vorwurf, das

§ 3 Kammergericht habe im Gegensatz zur reichsgerichtlichen Rechtsprechung entschieden.

18) KG JR 1950, 146 , Urteil v. 8.8.1949

19) VersR 1960, 752

20) Klammerzusatz vom BGH

§ 4 1) Siegel, S. 25

2) Meltz, S. 11

3) Drouven, S. 6

4) RGZ 68, 282 und 74, 250 ; vergl. oben S. 10

5) Eckstein, S. 494, 495

6) Eckstein, S. 503

6a) Näheres dazu unten S. 26 ff.

7) Vergl. z.B. Endemann - S. 1124, Fußnote 3 -, der zum Beamtenbegriff des § 839 BGB sagt:" Das entscheidende Merkmal darf nicht in dem Inhalt der Funktionen gesucht werden."

8) Auf Delius beruft sich Bettermann, Grundrechte, S. 835, dessen abweichende Auffassung weiter unten, S. 23, dargestellt wird.

9) fehlt

10) Delius, S. 145

11) S. 146, 147

12) S. 151

13) so auch Kleinhoff, S. 229

14) Kleinhoff, S. 230

15) Näheres hierzu unten S. 33 ff.

16) Esser, S. 881

17) Enneccerus - Lehmann, S. 969 ff., S.971

18) Larenz, 2.Band, S. 379 ff., S. 383

19) Nähres hierzu unten S. 33 ff., insbesondere § 8 Note 21

20) Schack, DVBl. 1951, 116; neuerdings hat sich auch Soergel - Siebert - Glaser - Anm. 128 zu § 839 - der Ansicht Kleinhoffs angeschlossen.

21) Gützkow, DÖV 1953, 292

22) Bachof, DÖV 1954, 960

23) Zeitschrift für Beamtenrecht 1957, 389

24) OGHbrZ DVBl. 1951, 113

25) Grundrechte, Band 3/2, S. 779 ff.

26) a.a.O., S. 835

§ 4 27) Bettermann beruft sich auf Delius, Gützkow und Bachof, ferner auf Kleinhoff, dessen Ansicht er allerdings ablehnt, soweit dieser für den fiskalischen Bereich auf den dienstrechtlichen Beamtenbegriff zurückgreift.

28) Bettermann, Vom Sinn der Amtshaftung, JZ 1961,482

29) Vergl. oben S. 19 und unten S. 26 ff.

30) Oben S. 18 ff.

31) Unten S. 26 ff.

§ 5 1) Vergl. hierzu die systematische Darstellung Sieberts in DÖV 1951, 44

2) Esser, S. 888; zur engeren Auffssung des Fiskusbegriffs, insbesondere zur Ansicht Sieberts siehe unten S. 67

3) Vergl. oben S. 3; die Systemwidrigkeit wird im Falle der Rückgriffshaftung gegen einen Angestellten besonders deutlich.

§ 6 1) Otto Mayer, 1. Band, S. 189 ff.

2) a.a.O. S. 192

3) a.a.O. S. 191

4) Eckstein a.a.O., vergl. oben S. 19

5) Otto Mayer, 1. Band, S. 117 ff., 2. Band, S. 273 ff., vergl. nähres unten S. 58

6) Otto Mayer, 2. Band, S. 274; Mayer nennt die Eisenbahnen, Dampfschiffahrtsunternehmen, Straßenbahnen, öffentliche Banken, Gebäudefeuerversicherungen, städtische Theater und Orchester, Gasanstalten und Wasserwerke.

7) Vergl. die Kritik an O.Mayer bei Forsthoff, Lehrbuch, S. 49 ff., S. 51, und bei Gygi a.a.O., S.6

8) Vergl. Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, und die Ausführungen im § 12

9) Bettermann, Vom Sinn der Amtshaftung

10) Motive, S. 103

11) RGZ 55, 364; 68, 282; 74, 250; 84, 27; 131, 239; 139, 149 (152); 147, 275 (278); 155, 257 (268); 162, 161; RG in Recht 1912, 1792; BGH MDR 1952, 674 (675); BGHZ 16, 111 (112); 34, 99 = JZ 1961, 508 (509);
RGR-Kommentar - Kraft, Anm. 4; Ermann - Drees, Anm. 1 b; Palandt - Gramm, Anm. 4 a; Soergel - Siebert - Glaser, Anm. 122 ( sämlich zu § 839 ); Enneccerus - Lehmann, S. 969; Esser, S. 886; Larenz, 2. Band, S. 382; Bettermann, Grundrechte,

§ 6 11) Fortsetzung: S. 833; a.A. ders., Vom Sinn der Amtshaftung, S. 482;
unklar Geigel, S. 250 ff., und Weimar, S. 7 ff., beide Autoren erkennen als Beamten nur die mit der Ausübung hoheitlicher Gewalt betraute Person an, müßten demnach § 839 BGB auf Ausübung hoheitlicher Gewalt beschränken; andererseits sprechen beide Autoren von der persönlichen Haftung des Beamten bei privatrechtlichen Verpflichtungen.

§ 7 1) Gesetz über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen bei Ausübung der öffentlichen Gewalt, vom 1.August 1909, (Pr. GS S. 691 )

2) Gesetz über die Haftung des Reichs für seine Beamten vom 22. Mai 1910 ( RGBl. I S. 798 )

3) in Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Band 255, Nr. 1343; Band 270, Nr. 5

4) RGZ 121, 254 ( 256 ); 125, 85; 126, 28 ( 32 ); 147, 275 ( 278 ); 155, 189; 165, 98;
Anschütz, Anm. 4 zu Art. 131 mit weiterer Literatur

5) Giese, 4. Aufl., 1955, Anm. II,2; Giese - Schunck, Anm. II, 2; Hamann, 1.Aufl., 1956, Anm. C ( sämtlich zu Art. 34 ); Süsterhenn - Schäfer, S. 442; Friesenhahn, S. 279; Reinhardt, Gutachten, S. 290; Anm. 148; anscheinend auch Deneke und Flessa. Hamann hat diese Ansicht in der 2. Aufl., Anm. B,3, zu Art. 34, aufgegeben.
In einem Vorlagebeschluß an den Großen Senat beim Bundesgerichtshof hat sich der III. Zivilsenat zu dieser Ansicht bekannt. Der Große Senat sah jedoch keine Gelegenheit, zu dieser Frage Stellung zu nehmen, BGHZ 34, 99.

6) v. Mangoldt, Anm. 2; v. Mangoldt - Klein, Anm. III, 2 b; Jess in Bonner Kommentar Anm. 3 ( sämtlich zu Art. 34 GG ); RGR - Kommentar - Kreft, Anm. 1; Soergel - Siebert - Glaser,Anm. 24 ( beide zu § 839 ); Bettermann, DÖV 1954, 299 ( 302 ); ders. Grundrechte, S. 834; ders. DÖV 1958, 867; ders. JZ 1961, 482; Karl Blomeyer, MDR 1952, 23; Boehmer, S. 232; Kayser - Leiß, S. 26 ff.; Gützkow; Tögel; Siebert, Privatrecht..., S. 243; Weimar; OGHbrZ NJW 1950, 261; BGH NJW 1956, 1836.

7) z.B. RGZ 121, 254

8) Forsthoff, Lehrbuch, S. 282, 283

9) Zur Fortgeltung der Haftungsbeschränkungen nach dem ReichsBeamtenHaftungsG siehe unten S. 33

§ 8 1) Zum Beamtenbegriff des Art. 34 siehe die oben § 1 Note 7 angeführte Literatur.

2) Kayser - Leiß, S. 20; Esser, S. 887; Larenz, 2. Band, S. 381; Enneccerus - Lehmann, S. 970 und S. 989; Forsthoff, S. 282; Kleinhoff, S.213; Heidenhain; Gützkow; Zu Art. 131 WRV: Anschütz, Anm. II; zu Art. 34 GG: v. Mangoldt, Anm. 2; Giese, Anm. II,4; Jess in Bonner Kommentar, Anm. 5; v. Mangoldt - Klein, Anm. II, 7; Hamann, 2. Aufl., Anm. A II; zu § 839: RGR - Kommentar - Kreft, Anm. 1; Soergel - Siebert - Glaser, Anm. 22

3) Jellinek, JZ 1955, 147 ( 149 )

4) BGHZ 13, 88

5) Scheuner , S. 345

6) Bettermann, Vom Sinn der Amtshaftung, S. 482, 483; anders noch Grundrechte, S. 832

7) Diesen Gedanken hat Bettermann bereits in DÖV 1954, 299 ( 301 ) angedeutet, wenn er sagt, durch die Staatshaftung habe das Stellvertreterprinzip Eingang im Deliktsrecht gefunden.

8) Gehre, S. 27 ff.

9) Otto Mayer, 1. Band, S. 189 ff.

10) zur Fiskustheorie: Forsthoff, Lehrbuch, S. 28

11) Hierin liegt ein weiterer Grund zu Otto Mayers Auffassung, § 839 BGB passe nicht auf den Verkehr des Fiskus.

12) Motive, S. 826; bei Mugdan 2.Band, S. 462

13) bei Mugdan, 2. Band, S. 1385 ff., insbesondere S. 1389

14) Protokolle bei Mugdan 2.Band, S. 1387 ( Abgeordneter Frohme); S. 1395 (Abgeordneter Stadthagen)

15) HaftungsG in Bayern vom 9.6.1899 (GVBl. S.1); HaftungsG in Württemberg v.28.7.1899 ( Reg.Bl. S. 423); HaftungsG in Hamburg vom 14.9.1899 ( AmtsBl. S. 341 )

16) prHaftungsG von 1909; RBeamtenHaftungsG v.1910

17) So bereits Otto Mayer, 1. Band, S. 199, 200 zum RBeamtenHaftungsG, wenngleich er diese Gesetzgebung mißbilligt.

18) BGHZ 13, 88 ( 103 ); so auch Kleinhoff S.213, Note 8

18a) BGHZ 34, 99 = JZ 1961, 508 ( 511 )

19) § 5 RBemtenHaftungsG v. 1910; § 19 BNotO v.24. 2.1961 ( früher § 31 RNotO ); siehe hierzu Esser, S. 892

20) so schon § 7 pr.BHaftungsG v.1909; nach BGHZ 13, 241 ( für Polen) und BGH NJW 1956, 836 ( für Belgien ) ist § 7 RBeamtenHaftungsG mit dem

§ 8 20) Fortsetzung: Grundgesetz vereinbar; bestätigt durch BGH MDR 1961, 917

21) Auch diese Haftungsbeschränkungen sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes mit dem Grundgesetz vereinbar; BGHZ 4, 287 ( 294 ); 14, 276; NJW 54, 915; NJW 54, 915; zustimmend v. Mangoldt, Anm. 2zu Art. 34 ; Weitnauer, S.8ff. Soergel - Siebert - Glaser Anm. 21, 114 -120 zu § 839. Diese Ansicht beruft sich auf den Wortlaut des Art. 34 GG, nach dem die Staatshaftung lediglich grundsätzlich angeordnet sei. Bettermann, Grundrechte, S. 846, sieht in diesen Einschränkungen einen Widerspruch zu der Tendenz des Grundgesetzes in der Behandlung des Bürger-Staat - Verhältnisses; zustimmend v.Mangoldt - Klein, Anm. II 8 zu Art. 34; Enneccerus - Lehmann, S. 969 ff.; Larenz, S. 379 ff.

22) LG Göttingen, NJW 1947/48, 596 Nr. 851 = MDR 1947, 113

23) BGHZ 3, 94

24) siehe oben S. 21 ff.

§ 9 1) Siehe § 8 Note 21; dort wurde darauf hingewiesen, daß die Möglichkeit einer Eigenhaftung des Beamten trotz hoheitlicher Tätigkeit von zahlreichen Autoren bestritten wird. Diese Ansicht hat sich bisher nicht durchgesetzt, insbesondere hat sich der Bundesgerichtshof in den angeführten Entscheidungen zu § 7 RBeamtenHaftungsG, zu § 6 PostG und zu § 29 TelegrafenO dieser Ansicht verschlossen. Eine Untersuchung über den Beamtenbegriff des § 839 BGB muß daher die Eigenhaftung des Beamten trotz hoheitlicher Tätigkeit als Möglichkeit in Betracht ziehen.

2) Kleinhoff, S. 216, 217

3) Kleinhoff, S. 226

4) Kleinhoff S. 225 und 227; vergl. die oben S. 12 auszugsweise angeführte Entscheidung RGZ 142, 190

5) Kleinhoff, S. 230

6) Die Definition ist oben S. 21 im Wortlaut wiedergegeben.

7) Kleinhoff weist ausdrücklich daraufhin, S. 229

8) Friebe

9) so auch Esser, S. 887

10) Vergl. oben § 1 Note 7 und § 3 Note 2

11) Esser, S. 881

12) Kleinhoff, S. 214 ff.

§ 9 13) so auch Schack

14) Esser, S. 892

15) oben S. 4 ff.

16) Vergl. oben S. 7 ff.

17) § 1 RBeamtenHaftungsG v. 1910 begann ursprünglich : Verletzt ein Reichsbeamter ( § 1 des Reichsbeamtengesetzes ) in Ausübung.....

§ 10 1) Kleinhoff, Esser, Larenz, Enneccerus - Lehmann, Soergel - Siebert - Glaser; Fundstellenangaben und Einzelheiten oben S. 21 ff.

2) Kleinhoff, S. 228

3) Kleinhoff S. 225 und 227

4) Vergl. oben S. 3

5) RGR - Kommentar - Krefft Anm. 1; Ermann - Drees, Anm. 1 a; Palandt - Gramm, Anm. 1; Soergel - Siebert - Glaser, Anm. 124 ( sämtlich zu § 839 ); Larenz, 2.Band, S. 380; Esser, S. 885; Enneccerus - Lehmann, S. 969

6) Herrschender Auffassung nach allerdings nur, soweit Art. 34 GG eingreift; nicht dagegen in den Ausnahmefällen, in denen es trotz hoheitlicher Befugnisse bei der Eigenhaftung der Beamten bleibt; vergl. oben S. 22

7) Motive bei Mugdan, 2. Band, S. 460, S. 1385 ff.

8) RGZ 74, 250 ( 252 ); 139, 149 ( 151 ); 155, 257 ( 258 ); BGHZ 13, 88 ( 100 ); Otto Mayer, 1.Band, S. 188; Ermann - Drees, Anm. 1 a; RGR - Kommentar - Krefft, Anm. 1 ( beide zu § 839 )

9) RGZ 74, 250 ( 252); BGHZ 13, 88 ( 100 ); Otto Mayer, 1. Band, S. 194 ff.

10) BGH JZ 1961, 508 ( 509 )

11) Oppler und Rosenthal-Pelldran, S. 35; Kleinhoff, S. 219

12) Zitiert nach Otto Mayer, 2. Band, S. 147, Fußnote 3

13) Otto Mayer, wie Note 12

14) Über die Entwicklung des öffentlichen Dienstes siehe Otto Mayer, 2. Band, S. 140 ff.; Boehmer, S. 221 ff.; Pfennig, S. 30

15) RGBl. I, S. 989

16) Heyland, Das Recht der Beamten, S. 26

17) Boehmer, S. 222

18) BGHZ 2, 350

19) Vergl. KG JR 1950, 146

§ 10 20) Ausführlich hierzu Boehmer, S. 233 ff.; Oppler-Rosenthal-Pelldran, S. 39 ff.; siehe auch die ablehnende Stellungnahme Köttgens in Recht, Staat und Wirtschaft, 4.Band, S. 230

21) Boehmer, S. 221; Oppler und Rosenthal - Pelldran, S. 37

22) Vergl. oben S. 9

23) Köttgen, Recht, Staat und Wirtschaft, 4. Band, S. 227 ff.

24) Heyland, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, S. 27

25) Fischbach, S. 100

26) So auch Heyland, Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat, S. 50, 51

27) Forsthoff, Lehrbuch, S. 35 ff., 38

28) Vergl. dazu unten § 14

29) So auch Fischbach, S. 99, Fußnote 9

30) Vergl. den oben S. 12 wiedergegebenen Auszug aus RGZ 142, 192; ferner RGZ 152, 178 ( 183 ); Brand, S. 28

§ 11 1) Der Begriffsbestimmung Kleinhoffs ist bisher nicht überzeugend widersprochen worden. Über die Gegenmeinung Friebes siehe oben S. 36. Die Kommentatoren des BGB führen die Ansicht als der herrschenden Lehre zuwiderlaufend an, ohne sich mit ihr auseinanderzusetzen - vergl. z.B. Palandt bis zur 16.Aufl. unter Anm 3 zu § 839 .

2) Vergl. oben S. 18 ff.

3) Vergl. oben S. 19

4) Vergl. oben S. 18 ff.

5) Gützkow a.a.O.

6) Vergl. oben S. 23

7) Zum Begriff des öffentlichen Dienstes siehe Pfennig, S. 40 ff und S. 63: Das Wesen des öffentlichen Dienstes liegt in der Zugehörigkeit zu einer juristischen Person des öffentlichen Rechts; die Rechtsform der Anstellungskörperschaft bestimmt über die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst. Zum öffentlichen Dienst gehört somit das berufliche Rechtsverhältnis, in dem jemand einer juristischen Person des öffentlichen Rechts unter Eingliederung in ihre Organisation zur ständigen Leistung von Diensten verpflichtet ist.

§ 11 8) BGHZ 13, 88 ( 100 )

9) Einige Autoren lehnen daher für die Staatshaftung unter Berufung auf die Tendenz des Grundgesetzes die Subsidiaritätsklausel des § 839 BGB ab: Bettermann, Grundrechte, S. 827; Jess in Bonner Kommentar, Anm. II, 1 zu Art. 34. Diese Ansicht hat sich jedoch bisher nicht durchsetzen können; siehe: v. Mangoldt - Klein, Anm. II, 4 c zu Art. 34 mit weiterer Literatur.

10) Oben S. 18 ff.

11) Oben S. 26 ff.

12) Oben S. 19

13) RGZ 139, 149 ( 154 ); 155, 257 ( 267 ); 158, 83 ( 94 )

14) BGHZ 14, 319 ( 321 und 324 ); 16, 111 ( 113 ff.); ebenfalls OLG Celle NJW 1957, 637; ausführlich hierzu Weitnauer, S. 7 und S. 13 ff.; ferner Enneccerus - Lehmann, S. 972; Esser, S. 896; RGR - Kommentar, ANM. 32; Ermann, Anm. 3 a cc; Palandt - Gramm, Anm. 4 e ( sämtlich zu § 839 ); Larenz, 2. Band, S. 384, 385, hält die Unterscheidung für eine historische Zufälligkeit und sachlich wie auch rechtspolitisch für ungerechtfertigt.

15) Esser, S. 900

16) Otto Mayer, 1. Band, S. 187

17) Forsthoff, Lehrbuch, S. 283 mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung; ferner Esser, S. 893; Esser weist nach, daß die Rechtsprechung die Tendenz zeigt, die Gruppe der bloßen internen Dienst- und Ordnungspflichten möglichst gering zu halten.

§ 12 1) Pfennig, S. 33

2) Vergl. oben S. 18 ff.

3) Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, s. 114 ff.

4) Der strafrechtliche Beamtenbegriff ist in der Einleitung , S. 1 , wiedergegeben.

5) Boehmer, S. 233; Heyland, Das Recht der Beamten, S. 18. Die Große Strafrechtskommission hat hieraus für das künftige Strafgesetzbuch die Konsequenzen gezogen und den Amtsträger - Begriff vorgeschlagen, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 9. Band, S. 568

6) Eine vertiefende Darstellung der Frage gibt Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht; vergl. dazu die Stellungnahme Köttgens in AcP 151, 169 ff.

§ 12

7) Laband, Deutsches Reichsstaatsrecht, S. 229

8) Laband, a.a.O., S. 232; so auch Aschenborn - Schneider, S. 255; RGZ 72, 52; 139, 149 ( 151 )

9) Otto Mayer, 2. Band, S. 271 ff.

10) a.a.O., S. 275

11) RGZ 158, 83; zustimmend Niggl, S. 56; Peters, S. 487; Jellinek, S. 357

12) BGHZ 9, 145; zustimmend Boehmer, S. 186 ff.

13) LVG Braunschweig DV 1949, 436; OLG Tübingen, NJW 1953, 910; OLG Karlsruhe NJW 1953, 1915; Laux NJW 1952, 772

14) Vergl. die ausführliche Darstellung bei Boehmer, S. 186 ff.; OLG Hamburg HRR 1931, Nr. 1043; BGH MDR 1952, 674

15) v. Veltheim; Bischof, Wussow, S. 203; Geigel, S. 262; Ermann, Anm. 2 3 b cc zu § 839; SchlHOLG, SchlHAnz 1949, 206

16) BGHZ 20, 102

17) Bischof a.a.O.

18) OLG Tübingen, NJW 1953, 910; LG Mannheim, MDR 1955, 291; OLG Braunschweig, MDR 1954, 430; zustimmend Wussow, S. 203

19) Vergl. den sehr weiten Fiskusbegriff bei Hatschek

20) Reinhardt, Gutachten, S. 243; BGH MDR 1961, 753

21) RGZ 53, 276

22) RGZ 55, 171

23) RGZ 62, 31

24) RGZ 70, 118

25) RGZ 68, 282

26) RGZ 74, 250

27) RG JW 1928, 1o46

28) BGHZ 9, 145; 24, 138 ( 139 ff.); BGH NJW 1959, 816; BGH VersR 1960, 752; ebenfalls KG JR 1951, 25; Gleichfalls schon RGZ 83, 74

29) BGHZ 1, 383

30) BGHZ 4, 138; so bereits RG DR 43, 854 für den Fall, daß ein Geisteskranker zwangsweise in einer städtischen Heil- und Pflegeanstalt untergebracht worden war.

31) unveröffentlichte Entscheidung des LG München I vom 3.5.1956 - 9 O 323/54 -

32) RGZ 54, 53; 68, 358; 91, 273; 147, 275; BGHZ 9, 373; 12, 94; BGH LM nr. 19 zu § 823 Dc; zustimmend Weitnauer, S. 11; ablehnend Forsthoff, DVBl 1952, 164; Scheuner in Festschrift für Wal-

§ 12 32) Fortsetzung: ter Jellinek, S. 331 ff.; OLG celle NJW 1957, 637

33) BGHZ 9, 373 ( 387 ); BGH MDR 1961, 753; ausführlich Esser, S. 889 ff.

34) RGZ 154, 167; 167, 15; BGH VersR 1960, 463;

35) RGZ 170, 336

36) RGZ 165, 91

37) OLG Celle, NJW 1960, 2240

38) OLG Kiel, SchlHAnz 1948, 100

39) SchlHOLG SchlHAnz 1956, 112

40) BGH VersR 1960, 909

41) So noch Motive zum Entwurf des RBeamtenHaftungsG von 1910 in: Verhandlungen des Deutschen Reichstages, Band 255, S. 1343; Hoffmann, S. 104

42) Hamann, Anm. B 3 zu Art. 34 GG ( 2.Aufl.) will SchlHOLG in DVBl 1959, 217 und BGHZ 4, 10 einen solchen Grundsatz entnehmen.

43) Vergl. Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht

44) Dig. 1,1,1: publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem ; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim; publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. privatim ius tripertitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

45) Vergl. oben S. 53; Boehmer S. 167

46) Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 9; vergl. aber auch Bettermann, DÖV 1958, 867, der dieser Theorie trotz ihrer Schwächen den Vorzug vor der Subjektionstheorie geben will; zur Subjektionstheorie ferner Wolff a.a.O.

47) Molitor, S. 31, 32

48) Boehmer, S. 165

49) Molitor, S. 48

50) Zuleeg, S. 33 ff.

51) Siehe oben S. 58

52) Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, S. 223

53) Ebenfalls Scheuner in Festschrift für Walter Jellinek, S. 332; Boehmer, S. 184

54) Forsthoff DVBl 1952, 167; BGHZ 9, 373 (388); BGH MDR 1961, 581; BGH LM Nr. 2 zu § 839 BGB; so früher bereits Kormann, S. 395

55) Köttgen, AcP 151, 168

§ 12 56) Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht, S. 23; Boehmer, S. 169 ff.

57) Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 13

58) Boehmer, S. 167; so auch Bischoff und Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, S. 221 ff.

59) Gygi, S. 5

60) Köttgen, AcP 151, 169

61) Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung

62) a.a.O., S. 221 ff.

63) zustimmende Stellungnahmen finden sich u.a. bei Esser, S. 888; Bachof, Begriff und Wesen, S. 55, Fußnote 37

64) Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, S. 106; Boehmer, S. 203; Krüger, BB 1953, 565, 567

65) Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 11

66) Erstmals in: Die Verwaltung als Leistungsträger, (1938); 1959 in einer Neubearbeitung unter dem Titel: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung; ferner Lehrbuch, S. 323

67) Forsthoff, Lehrbuch, S.323

68) Köttgen, AcP 151, 167 ff.,170

69) Ipsen, S. 501

70) Köttgen, AcP 151, 167 ff., 173

71) Gygi, S. 12

72) Bachof DÖV 1953, 417 (423); ders., Begriff und Wesen, S. 37 ff., 63 ff. und S. 83 (Leitsatz 19 ) dagegen Dürig, Festschrift für Nawiasky, S. 157 ff, 187 ff. Beide Autoren vertreten unterschiedliche Ansichten zum unmittelbaren Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 3 GG.
Ohne zu der Frage Stellung zu nehmen, ob im Bereich öffentlicher Verwaltung in Privatrechtsform die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte gilt, ist doch den Bedenken Dürigs gegen die Formulierung Bachofs schon aus terminologischen Erwägungen zuzustimmen. Die Gleichstellung nichthoheitlicher Tätigkeit insoweit mit der Ausübung öffentlicher Gewalt muß die Annahme nahelegen, hierfür gelte auch Art. 34 GG. Damit wäre die von Giese u.a. ( vergl. oben S. 29 ) vertretene Ansicht teilweise verwirklicht. Daß dies de lege lata ausgeschlossen ist, wurde bereits dargelegt.

73) Funstelle wie in Note 72 angegeben

§ 12

74) BVerwGer NJW 1958, 394

75) Forsthoff, Lehrbuch, S. 356; Esser, S. 35 ff.;A. Blomeyer, S. 85 ff.; Enneccerus - Lehmann, S. 119

76) Siebert, a.a.O., S. 219; Boehmer, S. 210 ff.; Bachof, Begriff und Wesen, S. 55

77) BGHZ 9, 145 (147); 20, 102 ( 104 )

78) Zur öffentlichen Subventionierung vergl. Ipsen; Köttgen, DVBl 1953, 485 ff., 490; Weitnauer, S. 12 ff. ; Hamann BB 1953, 865

79) Vergl. Huber, DVBl 1952, 456 ff., 459

80) Vergl. BGHZ 14, 222; BVerwGer NJW 1958, 394; Flessa, NJW 1958, 1276; Bettermann, DVBL 1958, 867

81) RGZ 99, 96; Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalten, S. 122

82) Siebert, a.a.O., S. 221

83) Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung, S. 14

84) Dürig in Festschrift für Nawiasky, s. 186 ff.

85) Richter, S. 103

86) Ipsen, S. 446

87) Dürig in Festschrift für Nawiasky, S. 187

88) Forsthoff, Lehrbuch, S. 326, nennt noch: Domänen, Bargeld, staatliche Fabrikbetriebe, staatliche Bäder, Museen, Wertpapiere und kapitalmäßige Beteiligungen des Staates.

89) Siebert, a.a.O., S. 220

§ 13

1) Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, S. 244

2) Vergl. oben S. 51

3) Larenz, Lehrbuch, 2. Band, S. 384 ff.; soweit hier noch ein Unterschied gemacht wird, ist das nach Larenz ausschließlich historisch begründet, der Sache nach aber nicht zu rechtfertigen.

4) vergl. oben S. 26 ff.

5) Otto Mayer, Lehrbuch, S. 196 ff, 1. Band

6) a.a.O., S. 196, Fußnote 14

7) Vergl. auch S. 204, Fußnote 28

8) Vergl. oben S. 19

9) Eckstein, S. 559

10) Vergl. oben S. 18 ff.

§ 13

10a) Hüssener, S. 21; der Bundesgerichtshof spricht sogar von einem öffentlich-rechtlichen Tatbestand, an den § 839 BGB den Schadensersatzanspruch knüpfe, BGHZ 34, 99; vergl dazu kritische Anmerkungen von Bettermann in JZ 1961, 482 und MDR 1961, 837.

11) BGHZ 13, 88 ( 100 )

12) Vergl. Bachof, Begriff und Wesen, S. 62; Bachof kommt dort zu dem Ergebnis, daß die Form, die für die Leistungsgewährung gewählt wurde, von geringerer Bedeutung ist, als allgemein angenommen wird.

13) Vergl. oben S. 10

14) Vergl. oben S. 12

15) Vergl. oben S. 16

16) Vergl. oben S. 15 ff.

17) Vergl. z.B. Esser, S. 887 und 900 mit Hinweis auf einen Referentenentwurf, der die völlige Beseitigung einer haftungsrechtlichen Sonderregelung bei fiskalischem Handeln vorsieht; ferner Geiger und Reuß a.a.O.

18) Nach allgemeiner Auffassung vermag der Wille der Urheber eines Gesetzes lediglich Hinweise, nicht dagegen eine gültige Auslegung des Gesetzes zu geben. Insbesondere kann die subjektive Vorstellung der am Gestzgebungsverfahren beteiligten Personen nicht von entscheidender Bedeutung sein; BVerfGE 1, 312; vergl. auch OVG Münster, DVBl 55, 400 und DVBl 1956, 758; ferner Maunz, S. 47

19) Vergl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 35 ff.; Forsthoff stellt eindrucksvoll die Wechselbeziehungen zwischen der Umgestaltung des öffentlichen Dienstes und der Ausweitung der Staatstätigkeit auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge dar.

20) Vergl. Weitnauer, S. 25, 26; Weitnauer hat festgestellt, daß sie in fremden Rechten kein Gegenstück findet.

21) Nach Bettermann, DÖV 54, 299 ( 304 )

22) Vergl. die Ausführungen über die Motive des BGB oben S. 41

## L e b e n s l a u f

Ich wurde am 14. Januar 1935 als Sohn des Forstmeisters Hans Gerhard und seiner Ehefrau Elisabeth, geborene Hinrichsen in Zeven, Kreis Bremervörde geboren. Mein Vater war bis zum Kriegsende im Jahe 1945 Leiter des Forstamtes Axstedt bei Bremen mit Sitz in Osterholz - Scharmbeck. Ich besuchte dort zunächst die Volks- und später die Mittelschule. Im Jahr 1947 wurde ich - bedingt durch eine Versetzung meines Vaters - in die Quinta des humanistischen Gymnasiums an der Domschule in Schleswig umgeschult. Dort legte ich die Reifeprüfung im Frühjahr 1955 ab. Anschließend studierte ich in Tübingen, Wien und Kiel Rechtswissenschaften. Während meiner Kieler Studiensemester nahm ich an Seminaren in Rechtsphilosophie und im Staatsrecht bei den Professoren Larenz, Menzel und Partsch teil. Am 7. Juli 1959 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Schleswig - Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 16. Juli 1959 bin ich im Vorbereitungsdienst in Schleswig - Holstein beschäftigt. Meine Ausbildungsstationen habe ich bisher in Reinbek, Berlin, Wentorf b. Hamburg, Brüssel und Schleswig absolviert. In den Sommersemestern 1960 und 1961 war ich als Gasthörer an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin eingeschrieben und nahm dort an privatrechtlichen Seminaren bei Herrn Professor Blomeyer teil

[illegible]

[illegible]